

Tilburg University

Afronding en verantwoording

Groenhuijsen, M.S.; Knigge, G.

Publication date:
2004

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Groenhuijsen, M. S., & Knigge, G. (Eds.) (2004). *Afronding en verantwoording*. (Onderzoeksproject strafvordering 2001: Eindrapport). Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Afronding en Verantwoording. Algemeen deel

Prof. mr. M.S. Groenhuijsen en prof. mr. G. Knigge

1 Inleiding

1.1 Afronding en verantwoording

Dit is het laatste van vier rapporten die in het kader van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 zijn verschenen. In die zin kan van een eindrapport worden gesproken. Met dit rapport wordt het project – na drie interimrapporten – afgesloten. Intussen is de term eindrapport enigszins misleidend. Die term suggereert immers dat de eerdere interimrapporten slechts tussentijdse rapportages waren, die met de verschijning van het eindrapport hun betekenis hebben verloren. Niets echter is minder waar. De resultaten van het onderzoeksproject zijn in vier rapporten neergelegd, waarvan dit rapport er één is. Die vier rapporten vormen dus samen het eindresultaat van het onderzoek. Dat betekent dat het (eind)oordeel over het project op het totaal aan rapporten moet zijn gebaseerd.

Heeft het project aan zijn doelstelling beantwoord? Dat is een vraag die bij de afronding van het project mag, ja moet worden gesteld. Het is uiteraard niet aan de onderzoekers om daarover het laatste woord te spreken. Wel mag van hen een verantwoording worden verwacht. Die verantwoording loopt noodzakelijkerwijze op het eindoordeel vooruit.

Het onderzoeksproject vond zijn vertrekpunt in de stelling dat het huidige Wetboek van Strafvordering ‘niet meer van deze tijd’ was. De systematische uitgangspunten van dat wetboek – zo werd gesteld – weerspiegelen in belangrijke mate de maatschappelijke en politieke situatie van de negentiende eeuw. ‘De discrepantie tussen die uitgangspunten en de gewijzigde maatschappelijke werkelijkheid is de afgelopen twintig jaar in hoog tempo groter en voelbaar geworden.’¹ Dat vertrekpunt leidde tot de volgende vraagstelling.

‘De vraag is of het mogelijk is en wetboek van strafvordering tot stand te brengen dat recht doet aan de gewijzigde inzichten en behoeften, een wetboek waarmee de rechtspraktijk ná de eeuwwisseling uit de voeten kan. In het project staat de vraag naar de systematische grondslagen van een eventueel nieuw wetboek centraal. Het gaat om fundamenteel juridisch onderzoek met een strategisch karakter. Het onderzoek richt zich op de keuze van de uitgangspunten, en het zichtbaar maken van de consequenties van die keuze voor de structuur en de systematiek van een nieuw wetboek.’²

1 *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, ‘Algemeen Deel’* (Groenhuijsen & Knigge), p. 1. Zie ook p. 7 e.v., waarin de stelling wordt uitgewerkt en onderbouwd.

2 *Idem*, p. 1.

Het vertrekpunt en de de daaraan gekoppelde vraagstelling geven aan waarop de beoordeling zich aan het einde van het project dient te richten. Is het mogelijk om op basis van de resultaten van het project een wetboek tot stand te brengen dat aanzienlijk beter is dan het huidige? Die vraag laat zich in twee deelvragen ontleiden. De eerste is of het vertrekpunt wordt gedeeld. Wordt onderschreven dat het bestaande wetboek verouderd is en toe is aan een fundamentele herziening? De tweede is of de systematische grondslagen die in het kader van het project zijn ontwikkeld, kunnen dienen als basis voor het totstandbrengen van de noodzakelijke fundamentele herziening.

De antwoorden op beide deelvragen beïnvloeden elkaar. Met het afdanken van wetboeken is het tenslotte niet anders gesteld dan met het weggooiën van schoenen. Hoe glimmender de nieuwe schoenen schijnen, hoe afgetrapter de oude ogen. Zo ook wordt het oordeel over het bestaande wetboek gekleurd door het alternatief dat is ontwikkeld. De vele voorstellen tot verbetering die in het kader van het project Strafvordering 2001 zijn gedaan, onderstrepen het systematische tekort van het bestaande wetboek. Het lijkt er inmiddels op dat de overtuiging dat het wetboek aan een grondige herziening toe is, breed wordt gedragen. Het project Strafvordering 2001 heeft daaraan zeker bijgedragen.

Ook de tweede deelvraag moet beantwoord worden in het licht van de eerste. De vraag is niet of het totaal aan voorstellen het gedroomde, het ideale wetboek oplevert, maar of op basis van die voorstellen een wetboek tot stand kan worden gebracht dat aanzienlijk beter is dan het bestaande. Het gaat daarbij niet alleen om een kwaliteitsoordeel (beter of niet), maar ook om een haalbaarheidsoordeel. Bij de vraag wat tot stand kan worden gebracht, mag de maatschappelijke en politieke realiteit niet uit het oog worden verloren.

In dit verband is het goed erop te wijzen dat het – zoals uit de boven geciteerde vraagstelling blijkt – in het project Strafvordering 2001 gaat om ‘fundamenteel juridisch onderzoek met een strategisch karakter’. Deze karakterisering heeft de onderzoeksgroep tijdens het eerste congres tot mikpunt gemaakt van de milde spot van Van Dorst: ‘Wat dat is weet ik niet, maar ik neem op gezag van de hooggeleerden die het project leiden aan dat ook aan deze eis is voldaan.’³ Toch raakt deze karakteristiek aan de kern van het project. Het is in dat project nooit alleen gegaan om zuiver – en daarmee vrijblijvend – wetenschappelijk onderzoek. De onderzoekers wensen iets tot stand te brengen. Het strategische karakter van het onderzoek bestaat hierin, dat het verandering beoogt. Met het project wordt beoogd een draagvlak te creëren voor een nieuw, eigentijds wetboek.

Een en ander brengt mee dat op de vraag naar de kwaliteit van de in het project ontwikkelde systematische grondslagen twee soorten antwoorden kunnen worden gegeven, namelijk een wetenschappelijk en een strategisch antwoord. Het wetenschappelijke antwoord mag, ja moet vrijblijvend zijn in die zin, dat men zich daarop niet vastlegt. In het wetenschappelijk debat staat telkens alles opnieuw ter discussie. Dat debat eindigt dan ook nooit. Daaraan ontleent dat debat zijn kracht en zijn waarde. Het is dan ook niet meer dan noodzakelijk dat onze voorstellen

3 A.J.A. van Dorst, ‘Strafvordering 2001’, *D&D* 2000, p. 234. Van Dorst veronderstelde dat de hoogdravende formulering te maken had met de thans geldende wetenschappelijke normen en met het verkrijgen van fondsen.

nu en in de toekomst aan kritische wetenschappelijke reflectie onderworpen blijven. Dat betekent uiteraard dat van niemand een definitief en ongeclausuleerd oordeel over de wetenschappelijke houdbaarheid van de voorstellen mag worden verlangd.

Naast het wetenschappelijke antwoord staat het strategische antwoord. Dat antwoord, dat niet vrijblijvend is, moet ook gegeven worden. Het gaat daarbij om de vraag wat men wenst te bereiken. De vraag naar de kwaliteit van de voorstellen krijgt daarbij een relatief karakter. Leveren die voorstellen een zoveel *beter* wetboek op dan het bestaande, dat op basis daarvan tot een fundamentele herzieningsoperatie moet worden besloten? De strafrechtelijke wereld zal daarbij – zoals dat in het politieke jargon heet – zijn knopen moeten tellen. Het alternatief zou wel eens kunnen zijn dat voortgemodderd moet worden met een wetboek dat alleen maar verder dreigt te desintegreren. Want een wetboek met fundamentele tekortkomingen wordt, bij gebreke aan een coherent en breed gedragen antwoord op die tekortkomingen, gemakkelijk tot speelbal van ongerichte politieke oprispingen en bevestigingen.

Niet onvermeld mag blijven dat de minister van Justitie inmiddels een standpunt heeft ingenomen. In een naar aanleiding van het onderzoeksproject op 22 oktober 2003 aan de Tweede Kamer gezonden notitie wordt een ‘Algemeen kader herziening strafvordering’ geschetst.⁴ De notitie herhaalt dat – zoals al in 2001 aan de Kamer is bericht⁵ – de resultaten van het onderzoek aanleiding geven ‘tot een ingrijpende herziening van het wetboek op onderdelen’. De keuze voor een ‘gefaseerde projectmatige aanpak’ wordt daarbij bevestigd. In de notitie wordt het wetgevingsprogramma geschetst en wordt aangegeven welke onderdelen bij de uitwerking prioriteit krijgen. De Minister spreekt in de inleiding als zijn oordeel uit dat het (wetgevings)project herziening strafvordering ‘een modern, consistent en beter gefundeerd wetboek moet opleveren’.

1.2 De opzet en inhoud van dit rapport

Het vierde onderzoeksjaar stond in het teken van de afronding van het project. Dat komt tot uiting in het feit dat de verschillende deelonderzoeken niet onder één noemer kunnen worden gepresenteerd. In de drie voorgaande jaren concentreerde het onderzoek zich telkens op een kernonderdeel van de strafvordering: het onderzoek ter zitting, het vooronderzoek en de dwang- en rechtsmiddelen. Dit laatste jaar komen een aantal overgebleven, en min of meer op zich zelf staande onderwerpen aan bod. Men zou van de ‘losse eindjes’ kunnen spreken, ware het niet dat die typering geen recht doet aan het belang en het gewicht van de behandelde materie.

Ook in ander opzicht stond het laatste jaar in het teken van de afronding. De in loop van het gehele onderzoek gewonnen inzichten hebben hun neerslag gevonden in algemene beschouwingen over de centrale thema's van het onderzoek. In een in het eerste onderzoeksjaar in het vooruitzicht gestelde beschouwing over het legaliteitsbeginsel wordt de opvatting van de onderzoeksgroep over de taak van de wetgever op het terrein van de strafvordering verduidelijkt en onderbouwd.

⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 271, nr. 1.

⁵ Brief van 20 juni 2001, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 400 VI, nr. 69.

Voorts worden de kernprofielen van de procesdeelnemers – die in het eerste onderzoeksjaar zijn ontwikkeld met het oog op de daaraan toekomende sturende en normerende functie – aangevuld en aangescherpt.

Tot de afronding van het project behoorde ook dat is nagegaan of eerder ingenomen standpunten, mede gelet op de daarop geleverde kritiek, bijstelling behoeften. Dat heeft op één punt tot een aangepast voorstel geleid. Zie daarover hierna, onder 2.5.1, waarin een gewijzigd voorstel wordt gepresenteerd met betrekking tot de ‘gevallen’ waarin voorlopige hechtenis is toegelaten. Op andere punten heeft deze heroverweging geleid tot een verduidelijking en precisering van standpunten. Doordat in de afrondende beschouwingen steeds ruime aandacht is besteed aan de kritiek die in de loop van het onderzoek is geuit, draagt dit deel van het onderzoek mede het karakter van een nadere verantwoording van de onderzoeksresultaten.

Dit rapport bestaat evenals de voorgaande rapporten uit een Algemeen Deel en een Bijzonder Deel. Het Algemeen Deel bevat naast de gebruikelijke samenvatting van de resultaten van de deelonderzoeken, die te vinden is in hoofdstuk 5, de bovenbedoelde afrondende beschouwingen. Hoofdstuk 2 is daarbij gewijd aan het legaliteitsbeginsel, hoofdstuk 3 aan de kernprofielen. In hoofdstuk 4 wordt een onderwerp behandeld dat in het onderzoek nog niet eerder aandacht had gekregen, namelijk de wenselijkheid of onwenselijkheid van een kort geding in strafzaken. Het Algemeen Deel sluit af met hoofdstuk 6, waarin een ‘reply to critics’ wordt gegeven. Een en ander maakt dat het Algemeen Deel niet alleen omvangrijker is geworden dan andere jaren het geval was, maar ook dat het een meer zelfstandig karakter heeft gekregen.

Het Algemeen Deel is geschreven door Groenhuijsen en Knigge. Daarbij nam Knigge de hoofdstukken 1 en 2 voor zijn rekening, plus de vierde paragraaf van hoofdstuk 4. Van de hand van Groenhuijsen zijn de hoofdstukken 3, 5 en 6, alsmede de paragrafen 1, 2 en 3 van hoofdstuk 4.

In het Bijzonder Deel vindt men de resultaten van de deelonderzoeken naar de verschillende ‘overgebleven’ onderwerpen. Het is opgebouwd uit zes deelrapporten. In het eerste deelrapport, dat van de hand is van Simmelink, wordt het opportuniteitsbeginsel besproken. Aanleiding tot dit onderzoek was de constatering dat dit beginsel, dat de opsporing en vervolging van strafbare feiten in Nederland beheerst, mede als gevolg van de unifiserende tendenzen in Europa, onder druk komt te staan. Kan nog aan dat beginsel worden vastgehouden?

Het tweede deelrapport is geschreven door Fijnaut. Daarin wordt de toegenomen betekenis beschreven van het optreden van buitenlandse opsporingsambtenaren op Nederlands grondgebied. De vraag is of dat optreden, gelet op de vaak intensieve samenwerking met Nederlandse opsporingsambtenaren, nog langer als vorm van rechtshulp dient te worden genormeerd.

Het derde deelrapport, dat geschreven is door Baaijens-van Geloven, behandelt de problematiek van de vormverzuimen. Tot welke sancties dienen gebreken in het vooronderzoek te leiden? Bijzondere aandacht wordt daarbij besteed aan de bruikbaarheid van bewijsmateriaal dat uit het buitenland afkomstig is. Moet de rechtmatigheid van de bewijsgaring door de Nederlandse rechter worden getoetst, en zo ja, hoe diepgaand dient die toetsing te zijn?

Stamhuis nam het vierde deelrapport voor zijn rekening. Daarin wordt de functie van de cassatierechter aan een onderzoek onderworpen. Dient de Hoge Raad, gelet op de immer wassende stroom cassatiezaken, nog langer te fungeren als derde instantie in het geding, of moet hij zich concentreren op het bewaken van de eenheid in de rechtsontwikkeling?

Het vijfde deelrapport, dat van de hand is van Harteveld, behandelt de systematische inbedding van de bijzondere procedures die op het terrein van de strafvordering bestaan. Is het nog langer zinvol om bij de juridische vormgeving onderscheid te maken tussen raadkamerprocedures en zittingprocedures? Heeft de gelijktijdige behandeling als rechtsfiguur bestaansrecht naast de voeging? Is een ‘twee fasen-proces’ onder omstandigheden acceptabel?

In het zesde en laatste deelrapport, dat geschreven is door Kwakman, komt de schadecompensatie aan de orde. De vraag is of de wetgever een eigen, op de strafvordering toegesneden regeling moet treffen voor schadevergoeding na rechtmatig overheidsoptreden. Of is het beter om de ontwikkelingen op het terrein van het bestuursrecht en het civiele recht af te wachten?

1.3 Samenstelling onderzoeksgroep

De onderzoeksgroep was in het vierde onderzoeksjaar als volgt samengesteld.

Leiding

- prof. mr. G. Knigge, hoogleraar straf- en strafprocesrecht RUG
- prof. mr. M.S. Groenhuijsen, hoogleraar straf- en strafprocesrecht UvT

Onderzoekers (gerangschikt per instelling)

Vakgroep Strafrecht en Criminologie Rijksuniversiteit Groningen

- mr. A.E. Harteveld
- mr. N. Kwakman
- mr. E.F. Stamhuis

Vakgroep strafrechtswetenschappen Universiteit van Tilburg

- mw. mr. Y.G.M. Baaijens-Van Geloven
- prof. dr. C.J.C.F. Fijnaut
- mr. J.B.H.M. Simmelink

1.4 Samenstelling begeleidingscommissie

Door de afdeling Externe Wetenschappelijke Betrekkingen van het WODC is een begeleidingscommissie ingesteld die in het vierde onderzoeksjaar de volgende samenstelling kende.

- mr. G.J.M. Corstens, raadsheer bij de Hoge Raad der Nederlanden (voorzitter)
- mw. mr. I.M. Abels, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie
- mr. C.M.A. Boulonois, Bureau Juridische en Beleidsondersteunende Aangelegenheden, Directoraat Generaal Rechtshandhaving, Ministerie van Justitie

- mw. prof. mr. C.P.M. Cleiren, hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden
- prof. mr. J.W. Fokkens, plaatsvervangend procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden
- mr. drs. B.F. Keulen, Directie Wetgeving, Ministerie van Justitie
- prof. mr. P.A.M. Mevis, hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam
- prof. A. de Nauw, hoogleraar strafrecht Vrije Universiteit te Brussel
- prof. mr. Th.A. de Roos, hoogleraar straf- en strafprocesrecht Rijksuniversiteit Leiden
- mw. mr. W.M. de Jongste, WODC, Ministerie van Justitie (secretariaat).

2 Het legaliteitsbeginsel en de taak van de wetgever

2.1 Inleiding

In een onderzoeksproject dat zich richt op de totstandkoming van een nieuw wetboek van strafvordering, is de taak van de wetgever steeds – direct of indirect – in het geding. De vraag is steeds wat in de wet regeling dient te vinden, en wat daar buiten kan blijven. Die vraag raakt op haar beurt direct aan het in art. 1 Sv neergelegde legaliteitsbeginsel: Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien.

De onderzoekers hebben zich van meet af aan op het standpunt gesteld dat art. 1 Sv in elk geval niet letterlijk kan worden genomen. Dat de *wijze* waarop de strafvordering geschiedt bij de wet moet zijn voorzien, kan niet betekenen dat niets aan het beleid van de rechter of aan dat van het openbaar ministerie mag worden overgelaten en dat de verdediging geen enkele ruimte mag worden gelaten voor het bepalen van een eigen processtrategie. Een regeling van het strafproces bij de wet draagt een ander karakter dan het script van een toneelstuk, dat precies voorschrijft wat de acteurs moeten zeggen en dat zo van minuut tot minuut het verloop van het gebeuren bepaalt. De ‘acteurs’ die in het strafproces optreden, hebben wel een rol, maar die moeten zij voor een belangrijk deel zelf invullen.

Dat de strafvordering *bij de wet* moet zijn voorzien kan voorts niet betekenen dat alle strafprocesrecht in de wet moet zijn vastgelegd. Reeds de art. 93 en 94 van de Grondwet, die voorrang geven aan verdragsrecht, staan aan een dergelijk legistisch standpunt in de weg. Maar ook afgezien daarvan is legisme niet meer van deze tijd. Dat de rechter ook op het terrein van de strafvordering een rechtsvormende taak heeft, is inmiddels algemeen aanvaard. Dat algemene maatregelen van bestuur, richtlijnen en circulaires een aanvullende rol kunnen en moeten vervullen, is voorts niet omstreden. Buitenwettelijk strafprocesrecht is kortom een gegeven. Het is nauwelijks voorstelbaar dat de strafrechtspleging daar zonder zou kunnen.

De betekenis van het legaliteitsbeginsel is in het voorgaande alleen negatief bepaald. Aangegeven is wat het beginsel in elk geval *niet* inhoudt. De vraag wat dan wél de betekenis van dat beginsel is voor de inrichting van een wetboek van strafvordering, is daarmee nog niet beantwoord. In het eerste interimrapport is een algemene beschouwing daaroveraan het eind van het project in het vooruitzicht

gesteld.⁶ De gedachte daarbij was dat op de vraag wat wel en wat geen regeling in de wet behoeft, moeilijk in abstracto een precies antwoord valt te geven. Wel zou het mogelijk moeten zijn algemene gezichtspunten te formuleren, maar het leek verstandig die gezichtspunten al ‘werkende weg’ te toetsen en te preciseren. De hier gegeven beschouwing vormt dan ook de neerslag van de inzichten die in de loop van het onderzoek zijn gewonnen. Zij kan tevens gelezen worden als een verantwoording achteraf van de gevolgde werkwijze.

In de afgelopen jaren heeft de onderzoeksgroep zich verschillende keren expliciet uitgelaten over de taak van de wetgever en de betekenis van het legaliteitsbeginsel. In het eerste onderzoeksjaar – waarin het onderzoek ter zitting centraal stond – is betoogd dat uitgangspunt moet zijn dat ‘het wetboek van strafvordering geen keurslijf van strakke regels moet bevatten, maar een structuur dient te bieden waarbinnen de actoren zinvolen doelgericht kunnen opereren’. De realisering van een *fair hearing* diende dan ook vooral gezocht te worden in waarborgen voor ‘een behoorlijke taakuitoefening of rolvulling door de procesactoren’.⁷

In het tweede onderzoeksjaar – waarin de aandacht zich richtte op het vooronderzoek – is een vergelijking gemaakt met het bestuursrecht. Verdedigd is dat het legaliteitsbeginsel in het bestuursrecht niet wezenlijk verschilt van dat in het strafrecht.⁸ In aansluiting daarop is nagegaan wat de betekenis is van art. 1 Sv voor de normering van de opsporingstaak.⁹ Betoogd is dat opsporingstaken steeds op een wet in formele zin dienen te berusten.¹⁰ Vervolgens is een antwoord gezocht op de vraag of en in hoeverre de algemene taakstelling een voldoende grondslag oplevert voor het verrichten van bepaalde opsporingshandelingen.¹¹ Verdedigd is dat niet volstaan kan worden met het wettelijk regelen van opsporingsmethoden die inbreuk maken op grondrechten. Er zijn veel meer redenen die tot nadere wettelijke normering nopen. Daarbij is betoogd dat meer regelen niet hetzelfde is als gedetailleerd regelen. De toetssteen dient telkens te zijn of alle in het geding zijnde belangen zonder nadere, of meer gedetailleerde, regeling voldoende zijn gewaarborgd. Op basis van een relativering van het onderscheid tussen taken en bevoegdheden is tenslotte een ‘stelsel van geïmpliceerde bevoegdheden’ ontwikkeld waarin een en ander gestalte krijgt.

In het derde onderzoeksjaar is betoogd dat het streven naar een ‘nieuw’ wetboek van strafvordering – naar een systematisch geordend en eenvoudig toeganke lijk strafprocesrecht – gezien kan worden als een herbevestiging van het

6 *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Algemeen Deel (M.S. Groenhuijsen & G. Knigge), p. 3. Zie ook het *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Algemeen Deel (M.S. Groenhuijsen), p. 65.

7 *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Algemeen Deel (M.S. Groenhuijsen & G. Knigge), p. 25 e.v. Vergelijk de congresbijdrage van G. Knigge (‘Een wetboek van elastiek’, *D&D* 2000, p. 222 e.v.), waarin dit uitgangspunt nader is toegelicht.

8 *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 1, ‘De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht’ (G. Knigge), met name p. 99 en deelrapport 2, ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’ (G. Knigge & N.J.M. Kwakman), met name p. 207 e.v.

9 *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 2, ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’ (G. Knigge & N.J.M. Kwakman), m.n p. 243 e.v.

10 *Idem*, p. 253 e.v.

11 *Idem*, p. 309 e.v.

legaliteitsbeginsel en het daarachter liggende gedachtegoed.¹² Voorts is een antwoord gezocht op de vraag of en in hoeverre de slachtofferrechten in het wetboek moeten worden geregeld.¹³ Daarbij is uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij het doeleinden van het strafproces recht. Slachtofferrechten die raken aan de primaire functie van het strafproces (het tot gelding brengen van het materiële strafrecht), en daarmee aan de positie van de verdachte ten opzichte van de vervolgende overheid, behoeven een expliciete wettelijke grondslag. Slachtofferrechten die zijn geworteld in de tweede functie van het strafprocesrecht (het voorkomen van onnodig nadeel van alle betrokkenen) verdienen vanwege de daaraan verbonden symboolwaarde een plaats in het wetboek, maar de nadere uitwerking daarvan kan beter buiten het wetboek (in bijvoorbeeld circulaires) gestalte krijgen.

In het navolgende zal op deze eerdere beschouwingen worden teruggegrepen. Het heeft weinig zin om eenvoudig te herhalen wat reeds uitvoerig is uiteengezet. Uiteraard valt enige herhaling niet te vermijden, maar de bedoeling is vooral om het gestelde in een overkoepelend betoog te verduidelijken en waar nodig nader te onderbouwen. Daarbij zal getracht worden om de onderlinge samenhang van de eerder ingenomen standpunten zichtbaar te maken.

Bij de poging tot verduidelijking zal de kritiek die op de eerdere standpunten is geuit, worden betrokken. Die kritiek lijkt zich vooral te richten op de voorstellen die in het eerste interimrapport zijn gedaan met betrekking tot het onderzoek ter zitting. De rechter zou daarbij teveel vrijheid worden gelaten om de uiteenlopende belangen in het concrete geval tegen elkaar af te wegen. De vrees die daarbij wordt uitgesproken, is dat zo onvoldoende recht zal worden gedaan aan het belang van de verdachte. Met dat laatste wordt de kern van de zaak geraakt. De invulling van het legaliteitsbeginsel kan niet los worden gezien van de belangen die in het strafprocesrecht op het spel staan. De vraag daarbij is welke belangen bescherming behoeven (alleen die van de verdachte of ook die van anderen?) en welke belangen bij de afweging het zwaarste moeten wegen. De vraag is ook op welke wijze de verschillende belangen het beste kunnen worden beschermd. In hoeverre kan de strikte naleving van starre procesregels aan die bescherming bijdragen?

In het verlengde van de laatste vraag ligt het leerstuk van de nietigheden. Ook daarbij speelt de vraag naar de verhouding tussen wetgever en rechter. Kan goeddeels aan de rechter worden overgelaten of de schending van een vormvoorschrift tot nietigheid moet leiden, of dient de wetgever de beslissing op dit punt te dicteren? Op die vraag, die tot dusver in het onderzoek nog niet aan bod is gekomen, zal in het navolgende afzonderlijk worden ingegaan.

2.2 Aansluiting bij de ratio

2.2.1 Uitgangspunt

Regeling van het strafprocesrecht bij wet in formele zin is geen doel in zich. In art. 1 Sv zijn drie onderling samenhangende, maar wel te onderscheiden beginselen

12 *Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Algemeen Deel (G. Knigge), p. 8

13 *Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 8, 'Het slachtoffer in het vooronderzoek' (M.S. Groenhuijsen & N.J.M. Kwakman), met name p. 830 e.v.

samengeballd: het rechtszekerheidsbeginsel, het beginsel van rechtseenheid en het democratiebeginsel. Deze beginselen vertegenwoordigen rechtswaarden of rechtsbelangen, die evenzovele argumenten opleveren om het strafprocesrecht bij wet te regelen. Bij het fundamentele karakter van grondslagenonderzoek past dat aansluiting wordt gezocht bij de genoemde achterliggende rechtswaarden. In het project *Strafvordering 2001* is dan ook niet uitgegaan van de ‘geldende’ betekenis van art. 1 Sv, of van wat daarvoor moet worden aangezien. Beslissend voor het onderzoek is daarom ook niet wat historisch gezien de meest correcte interpretatie van het artikel is. In het onderzoek is gezocht naar de actuele – of geactualiseerde – betekenis van het legaliteitsbeginsel voor het strafprocesrecht. De vraag is hoe het beste recht gedaan kan worden aan de rechtszekerheidsgedachte, aan de rechtseenheidsgedachte en aan het democratiebeginsel.¹⁴

Door deze benadering wordt zicht verschaft op de innerlijke waarde van het legaliteitsbeginsel. Die innerlijke waarde is gelegen in het totaal van de argumenten die pleiten voor regeling van het strafprocesrecht bij wet.¹⁵ Tegelijkertijd opent deze benadering de mogelijkheid het legaliteitsbeginsel te relativiseren. In het navolgende zal gepoogd worden dit te verduidelijken.

Ten aanzien van de wijze van behandeling zij daarbij nog het volgende opgemerkt. Begonnen wordt met een algemene uiteenzetting van de betekenis van legaliteit voor het strafrecht in zijn geheel, dus zonder dat onderscheid wordt gemaakt tussen materieel en formeel recht. Vervolgens zal nagegaan worden of en in hoeverre strafvorderlijke legaliteit verschilt van materieelrechtelijke legaliteit. Betoogd zal worden dat de accenten op het terrein van de strafvordering inderdaad anders dienen te worden gelegd.

2.2.2 Achterliggende beginselen

Het rechtzekerheidsbeginsel is nauw verbonden met de rechtsstaatgedachte. Doordat de overheid bij haar handelen onderworpen is aan het recht, wordt onvoorspelbaar en willekeurig overheidsoptreden tegengegaan. Men kan aan deze *rule of law* twee aspecten onderscheiden. Het eerste aspect is dat van de voorzienbaarheid voor de burger van de rechtsgevolgen van het eigen handelen. De burger wordt in staat gesteld het overheidsoptreden tot op zekere hoogte te voorspellen en zijn gedrag daarop af te stemmen. Het tweede aspect is dat van de rechtsbescherming. Dat de overheid aan regels wordt gebonden, vormt een garantie tegen willekeur. Rechten van burgers mogen door de overheid alleen worden aangetast, als het recht daarvoor een basis biedt.

Het verband met de rechtsstaatgedachte komt vooral in het tweede, rechtsbeschermende aspect tot uitdrukking. Het is dat aspect dat het rechtzekerheidsbeginsel op het terrein van het publiekrecht, en meer in het bijzonder op het terrein van het strafrecht, een eigen lading geeft. In het civiele recht bestaat eveneens de behoefte aan rechtzekerheid. Doordat echter dat civiele recht primair

14 Dit uitgangspunt wordt uitvoeriger verwoord in het *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 2, ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporings-taak’ (G. Knigge & N.J.M. Kwakman), p. 243 e.v.

15 Tot het totaal aan argumenten kan – zoals hierna, onder 2.2.2, uiteengezet zal worden – ook het effectiviteitsargument gerekend worden. Dat argument laat zich niet (geheel) herleiden tot de genoemde beginselen.

de verhoudingen tussen de burgers onderling regelt, staat de bescherming van de burger tegen de overheid daarbij niet op de voorgrond. De rechtszekerheidsgedachte versmalt zich daardoor goeddeels tot het eerste aspect, tot de voorspelbaarheid van de rechtsgevolgen van het eigen handelen. Dat kan het op zich opmerkelijke verschil verklaren tussen enerzijds de regeling van de onrechtmatige daad in het burgerlijke recht, en anderzijds de bestraffing van onrechtmatige gedragingen in het strafrecht. De vraag of sprake is van een onrechtmatige daad wordt in art. 6:162 lid 2 BW grotendeels aan de rechter overgelaten, in het bijzonder in die gevallen waarin de onrechtmatige daad bestaat uit een ‘doen of nalaten in strijd (...) met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’. De vraag of sprake is van een te bestraffen gedraging dient daarentegen op grond van art. 1 Sr primair door de wetgever te worden beantwoord. De wet moet voorzien in zo nauwkeurig mogelijke delictomschrijvingen, waaraan de rechter is gebonden. Dit verschil kan maar ten dele worden verklaard uit een verschil in ingrijpendheid van de consequenties die aan het begaan van een onrechtmatige daad resp. een strafbaar feit kunnen worden verbonden. Een verplichting tot schadevergoeding treft de burger immers in financieel opzicht doorgaans vele malen zwaarder dan de veroordeling tot een geldboete, de kwantitatief gezien belangrijkste sanctie in het strafrecht. Een afdoende verklaring kan wél gevonden worden in het feit dat in het strafrecht de verhouding van de burger tot de overheid – en tot de samenleving die door die overheid wordt gerepresenteerd – centraal staat. Die burger dient door dat strafrecht beschermd te worden tegen een almachtig gedachte overheid.¹⁶

Het rechtsbeschermd aspect van het publiekrechtelijk ingekleurde rechtszekerheidsbeginsel verklaart en rechtvaardigt de sterke binding in het straf(proces)recht van de overheid aan de wet in formele zin. Aangezien de meeste burgers de wet niet (precies) kennen, heeft de gedachte dat zij hun gedrag op de wetstekst moeten kunnen afstemmen maar een beperkt realiteitsgehalte. Het punt is echter dat ook de burger die de wet niet kent, tegen eigenmachtig optreden van de overheid moet worden beschermd. Hij moet de ‘zekerheid’ hebben dat de overheid niet naar eigen goeddunken op zijn rechten en vrijheden inbreuk mag maken.¹⁷ Dat klemmt in het bijzonder als het gaat om bescherming tegen overheidsop-treden dat zich naar haar aard slecht met voorspelbaarheid verdraagt. Een nauwkeurige regeling van de bevoegdheid om telecommunicatie op te nemen is

16 Vergelijk het gestelde in deelrapport 8, ‘Het slachtoffer in het vooronderzoek’ (M.S. Groenhuijsen & N.J.M. Kwakman) in: *Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, p. 822, waarin erop wordt gewezen dat het bij schadevergoeding wegens onrechtmatige daad gaat om verdeling van reeds gerealiseerde nadelen. De vraag is welke burger de schade moet dragen. In het strafrecht daarentegen wordt door de overheid *extra* nadeel toegevoegd. Deze aanvullende verklaring sluit aan bij het gegeven dat de vereiste ‘precisie’ van de regel mede afhangt van een afweging tussen voorspelbaarheid en rechtvaardigheid (zie hierna, onder 2.2.4. Rigide verdelingsregels zouden in het burgerlijk recht tot weinig aanvaardbare uitkomsten leiden).

17 Vergelijk H.L. Schreiber, *Gesetz und Richter, Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt am Main 1976, met name p. 209 e.v. Zie voor een andere benadering P.W. Brouwer, ‘Beginselen van legaliteit’, *RM Themis* 2003, p. 64 e.v. Brouwer legt juist sterk de nadruk op het voorzienbaarheidsaspect. De overheid die geen voorspelbaarrecht schept, zou geen respect voor haar burgers tonen. Het (stilzwijgende) uitgangspunt van deze redenering lijkt te zijn, dat alle recht door de overheid wordt geschapen. Ten aanzien van gewoonterecht en supranationaal recht lijkt dat voor betwisting vatbaar. De (nationale) overheid heeft daarop weinig invloed. Overigens richt Brouwers betoog zich niet op de vraag in hoeverre het recht in de wet moet zijn vastgelegd, maar op de ‘morality of law’ in het algemeen.

niet vereist omdat de burger precies moet kunnen voorspellen wanneer zijn telefoon zal worden afgeluisterd, maar omdat de bescherming van zijn privacy vereist dat dergelijke ingrijpende – en vanwege het stiekeme karakter moeilijk te controleren – overheidsactiviteiten aan strikte regels worden gebonden.

Historisch gezien ging het streven naar rechtszekerheid hand in hand met het vestigen van rechtseenheid. Rechtseenheid versterkt daarbij de rechtszekerheid. Rechtsverbodselijking maakt het recht immers onoverzichtelijk; de burger moet zich grote moeite getroosten om zich op de hoogte te stellen van het plaatselijk geldende recht. Eén nationale, voor het gehele land geldende codificatie daarentegen vergroot de toegankelijkheid en daarmee de kenbaarheid van het recht aanzienlijk. Hoewel rechtseenheid en rechtszekerheid dus nauw met elkaar verbonden zijn, komt aan het streven naar rechtseenheid ook zelfstandige betekenis toe. Aan dat streven kleefte namelijk tevens een machtspolitiek aspect. Dat streven stond historisch gezien mede in het teken van de vestiging van de nationale eenheidsstaat. Inzoverre raakt het rechtseenheidsbeginsel niet de verhouding tussen de burger en de overheid, maar de verhouding van plaatselijke overheidsorganen tot de organen van de centrale overheid. De macht van de lagere wetgever wordt daarbij ingeperkt. Op strafvorderlijk terrein is gaat die inperking het verst, zoals het bekende Muilkorf-arrest (HR 12 april 1897, W 6954) onderstreept.¹⁸ Wantrouwen tegen de plaatselijke rechter, die naar ‘eigen’ inzicht zou kunnen oordelen, vraagt voorts om een sterke gebondenheid van die rechter aan de centrale wetgeving.

Door het streven naar Europese eenwording, die gepaard zou moeten gaan met het scheppen van één Europese rechtsruimte, heeft de rechtseenheidsgedachte een nieuwe, actuele betekenis gekregen. Het machtspolitieke aspect treedt daarbij duidelijk naar voren. De bevoegdheden van de nationale overheidsorganen worden daarbij ingeperkt. Dat geldt niet alleen voor de wetgever, maar ook voor de rechter en het openbaar ministerie. Zo wordt de vrijheid van de nationale rechter om zelf het recht uit te leggen, ingeperkt. Interpretatieproblemen moeten in de vorm van prejudiciële vragen worden voorgelegd aan het Hof van Justitie in Luxemburg. De bevoegdheid om Europese verordeningen onverbindend te verklaren is de nationale rechter ontnomen.¹⁹ Ook zijn strafftoemetingenvrijheid wordt bedreigd. Zo heeft Nederland een handhavingsplicht met betrekking tot het EG-recht. Van een Lid-Staat wordt geëist dat hij passende maatregelen neemt om de naleving van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Door een strafoplegging die naar Europese maatstaven niet afschrik wekkend genoeg is, wordt die plicht geschonden.²⁰ Voorts ligt ook de vrijheid van het openbaar ministerie onder vuur. Het opportuniteitsbeginsel zou plaats moeten maken voor wat (niet toevallig) het legaliteitsbeginsel wordt genoemd.²¹ De drijfveer bij dat alles is niet de wens de burger beter te beschermen tegen de straffende overheid, maar juist de behoefte aan een vergroting van de slagkracht van het strafrecht in de strijd tegen de grensoverschrijdende criminaliteit.

18 De plaatselijke wetgever mag alleen procesrecht scheppen als daarvoor een specifieke basis in een wet in formele zin voorhanden is. Zo maakt art. 142 Sv de aanwijzing van buitengewoon opsporingsambtenaren bij (gemeentelijke) verordening mogelijk.

19 Vergelijk HR 22 okt. 2002, NJ 2003, 7.

20 Zie onder meer B.F. Keulen, *Economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995, met name p. 154.

21 Zie daarover Deelrapport 1, ‘Rondom de vervolgingsbeslissing’ (J.B.H.M. Simmelink).

Het streven naar (meer) rechtseenheid op strafrechtelijk terrein kan verschillend worden gewaardeerd. Het rechtseenheidsbeginsel heeft zogezien een minder fundamenteel karakter dan het rechtszekerheidsbeginsel.²² Duidelijk moge echter zijn dat het totstandbrengen van centrale regelgeving waaraan de nationale ('plaatselijke') justitiële autoriteiten zijn gebonden, een geëigend middel is om rechtseenheid te bewerkstelligen.

Het democratiebeginsel heeft betrekking op de totstandkoming van het recht. De betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging daarbij vormt een zekere garantie dat terughoudendheid wordt betracht met het toekennen van bevoegdheden die inbreuk maken op de rechten en vrijheden van de burger. De gedachte is dat het 'volk' alleen met dergelijke bevoegdheden zal instemmen als die bevoegdheden noodzakelijk zijn (in een democratische samenleving) en als zij duidelijk zijn begrensd en voorzien zijn van waarborgen tegen willekeurige toepassing. Uiteraard kunnen vraagtekens gezet worden bij het werkelijkheidsgehalte van deze gedachte. De geschiedenis (van onder meer Nazi-Duitsland) leert dat de inbreng van het parlement bepaald geen absolute garantie biedt voor de evenwichtigheid en de rechtsstatelijkheid van de wetgeving. Dat neemt niet weg dat de onderworpenheid van de wetgeving aan het publieke debat een belangrijke waarborg vormt tegen willekeur. Het democratiebeginsel is dus, evenals het rechtszekerheidsbeginsel, nauw verbonden met de rechtsstaattedachte. Een rechtsstaat is in een veranderende samenleving praktisch gesproken alleen in een democratie te verwezenlijken.²³

Het is overigens minder juist om het democratiebeginsel te verenigen tot de genoemde waarborgfunctie, tot de 'no taxation without representation'-gedachte. Tegenover het belang dat de overheid niet nodeloos inbreuk maakt op de rechten en vrijheden van burgers, staat het belang van een effectieve strafrechtspleging. Dat is een legitiem belang, met sterke rechtsstatelijke papieren. De aanspraak die burgers hebben op een daadwerkelijke bescherming door het strafrecht, kan – zoals uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens blijkt – als een positieve verplichting van de overheid geformuleerd worden.²⁴ Welnu, ook het belang van een effectieve strafrechtspleging is in het democratiebeginsel 'gerepresenteerd'. De democratische totstandkoming van het recht vormt een waarborg dat ook aan dat belang voldoende gewicht wordt toegekend.

22 Waarbij zij aangetekend dat, naarmate rechtseenheid daadwerkelijk wordt gerealiseerd, plaatselijke verschillen (in bijvoorbeeld de staftoemeting) meer en meer als rechtsongelijkheid zullen worden ervaren.

23 Aan de Wet van Meden en Perzen was ook de Koning gebonden. Hij kon die wet niet veranderen. Die onveranderlijkheid van de wet vormt vanuit een oogpunt van rechtsbescherming echter een probleem. Rechtsbescherming vereist namelijk meer dan onderwerping van de Koning aan de wet alleen. Vereist is ook dat de toepassing van de wet niet leidt tot onnodige inbreuken op de rechten en vrijheden van de burgers (zie hierna, onder 2.2.5). De kans op dergelijke onnodige inbreuken neemt toe naarmate de samenleving waarop de wet is afgestemd, verandert. Een eis van rechtsbescherming is zogezien dat de verouderde wet wordt aangepast. Om de burger tegen willekeur bij de verandering van de wet te beschermen, zal de Koning (dat wil zeggen de instantie die bevoegd is de wet te veranderen) onder democratische controle moeten staan. De onderworpenheid van de Koning aan de wet maakt dan plaats voor onderworpenheid aan de uitkomsten van het publieke debat. Een andere, laat staan betere, waarborg tegen willekeur bij verandering van de wet lijkt in de praktijk niet realiseerbaar.

24 Zie voor deze positieve verplichting onder meer EHRM 26 maart 1985, *NJ* 1985, 525 m.nt. EAA (X tegen Nederland); EHRM 22 oktober 1996, *NJ* 1997, 449 m.nt. JdeB; EHRM 23 september 1998, *NJ* 1999, 532 (A. tegen het Verenigd Koninkrijk) en EHRM 28 oktober 1998, *NJ* 2000, 134 m.nt. EAA (Osman tegen het Verenigd Koninkrijk).

Het tot stand brengen van strafwetgeving vraagt dus om een afweging van op zich legitieme, maar toch botsende belangen. Dat geeft aanleiding tot een tweetal opmerkingen. De eerste is dat in de botsing van belangen een belangrijk deel van de verklaring ligt waarom de democratische totstandkoming niet, zoals hiervoor werd geconstateerd, een absolute garantie biedt voor de rechtsstatelijkheid van de wet. De roep van het 'volk' om effectiever optreden kan zich gemakkelijk vertalen in draconische straffen en disproportionele onderzoeksbevoegdheden. Er kan zich anders gezegd een spanning voordoen tussen democratisch recht en rechtsstatelijk recht. De tweede opmerking is dat de botsing van belangen, en de daaruit voortvloeiende noodzaak van afweging, maken dat aan het democratiebeginsel een machtspolitiek aspect kleeft. Dat machtspolitieke aspect heeft, anders dan bij het rechtseenheidsbeginsel, geen betrekking op de verhouding van de plaatselijke overheid tot de centrale overheid, maar op de verdeling van de macht binnen de centrale overheid zelf. Welk orgaan maakt de dienst uit als het gaat om de vraag hoe de botsende belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen: de onafhankelijke rechter of de democratisch gecontroleerde wetgever?

In het voorgaande kan een onderstreping worden gezien van het belang van een democratische legitimatie van het strafrecht. Tegelijkertijd geeft het gestelde aanleiding tot een zekere relativisering van het democratiebeginsel. Dat beginsel vormt geen absolute garantie tegen disproportioneel strafrecht. Daarin ligt een argument om naar aanvullende garanties te zoeken. Zo'n aanvullende garantie kan gevonden worden in de toetsende taak van de rechter. Zie daarover nader hierna, onder 2.2.3.

Aan de argumenten die aan de drie besproken beginselen kunnen worden ontleend om het strafrecht bij wet te regelen, kan nog een vierde type argument worden toegevoegd. Dat argument is geworteld in de wenselijke effectiviteit van het recht, en knoopt aan bij de kenmerkende verschillen tussen wettenrecht en rechtersrecht. Met het instrument wetgeving kunnen de belangen die op het spel staan dikwijls beter (effectiever) worden gediend dan door middel van rechtersrecht. Dit effectiviteitsargument verdient, hoewel misschien van een wat andere orde, zelfstandige vermelding. Het moet onderscheiden worden van het democratiebeginsel, omdat het geen betrekking heeft op de democratische totstandkoming van de wet. Ook ondemocratisch tot stand gekomen wetten kunnen effectief zijn.

In vergelijking met rechterlijke rechtsvorming is een eerste voordeel van het instrument wetgeving dat in één keer een allesomvattende regeling van de materie kan worden getroffen. De rechter is afhankelijk van de gevallen die hem ter beslissing worden voorgelegd. Het kan daardoor wel even duren voordat het rechtersrecht zich heeft ontwikkeld tot een regeling die in precisie niet onderdoet voor een wettelijke regeling.²⁵ Dit nadeel doet zich sterker gevoelen naarmate de samenleving waarin de regeling moet functioneren, dynamischer is, zodat de maatschappelijke veranderingen die zich op bepaalde terreinen voltrekken, een voortdurende en snelle aanpassing van het rechte noodzakelijk maken. De wetgever kan in dergelijke aanpassingen voorzien, de rechter niet. Veranderingen in de jurisprudentie plegen zich geleidelijk te voltrekken. Daarbij moet bedacht worden dat het rechtersrecht zijn gelding ontleent aan de werking van het precedent. Als

25 Het effectiviteitsargument is in zoverre nauw verbonden met het rechtszekerheidsbeginsel.

het precedent – vanwege de veranderde situatie – bij de eerstvolgende beslissing al herroepen moet worden, ondergraaft het rechtersrecht zich zelf.

Een tweede voordeel van het instrumentwetgeving is dat daarmee voorzieningen tot stand gebracht kunnen worden die de rechtsvormende taak van de rechter, ook als die ruim wordt opgevat, al snel te buiten gaan. Zo is het niet wel denkbaar dat de rechter institutionele veranderingen doorvoert, en organen en instanties in het leven roept met een bijbehorend taken- en bevoegdhedenpakket. Van maatregelen van organisatorische aard en van voorzieningen waarvan de budgettaire consequenties niet zijn te overzien, zal de rechter zich in de regel verre moeten houden. Zijn polsstok is kortom aanmerkelijk korter dan die van de wetgever. Voor een effectieve bescherming van de in het geding zijnde belangen is wetgeving in veel gevallen onmisbaar.

Voor alle duidelijkheid zij nog opgemerkt dat dit effectiviteitsargument niet alleen betrekking heeft op het belang dat burgers hebben bij een effectieve strafrechtspleging. Ook het belang van rechtsbescherming tegen willekeurig overheidsoptreden kan vaak effectiever worden gediend door wetgeving dan door middel van jurisprudentie. Vergelijk hetgeen hierna, onder 2.2.3 met betrekking tot de zaken *Kruslin* en *Huvig* is opgemerkt.

Bij wijze van tussenconclusie kan worden gesteld dat de drie achterliggende beginselen, gevoegd bij de wenselijkheid van effectief recht, toereikende en overtuigende argumenten opleveren om het straf(proces)recht bij wet in formele zin te regelen. Het zwaartepunt ligt daarbij bij het rechtszekerheidsbeginsel in zijn verknochtheid met de rechtsstaatgedachte. Die verknochtheid maakt dat de vereiste ‘zekerheid’ in het teken staat van de bescherming van de burger tegen de overheid.

De rechtseenheidgedachte en het democratiebeginsel versterken de argumentatie. Datzelfde geldt voor het effectiviteitsargument. Tegelijk moet worden geconstateerd dat argumenten ontleend aan de rechtseenheidgedachte niet altijd parallel lopen met de bevordering van de rechtsbescherming en van het democratisch gehalte van het recht. Dat komt doordat het streven naar rechtseenheid ook kan worden gevoed door de behoefte aan centrale machtsuitoefening ten behoeve van een effectieve criminaliteitsbestrijding. Rechtseenheid op Europees niveau vormt daarbij een bedreiging voor het democratisch gehalte van het strafrecht. De nationale parlementen worden immers naar de zijlijn gedrongen. Ook het democratiebeginselen het belang van rechtsbescherming kunnen in een gespannen verhouding tot elkaar komen te staan. De individuele rechtsbescherming komt in het gedrang als de parlementaire meerderheid eenzijdig de nadruk legt op het belang van criminaliteitsbestrijding.

2.2.3 Legaliteit geen dwingende eis

Zoals gezegd leveren de drie achterliggende beginselen deugdelijke argumenten op voor regeling van het straf- en strafprocesrecht bij wet in formele zin. Iets anders is dat die beginselen daar niet toe dwingen, of liever gezegd er niet toe dwingen om het *gehele* strafrecht in de wet vast te leggen. Het bestaan van ‘buitenwettelijk’ straf(proces)recht heeft noch aan de rechtszekerheid, noch aan de rechtseenheid, noch aan het democratisch gehalte van het recht afbreuk te doen. Ook de effectiviteit van het recht heeft daaronder niet te lijden. Om een en ander duidelijk

te maken zal eerst in het kort worden geschetst hoe in 'Straatsburg' de *rule of law* wordt ingevuld.²⁶

Het Europees verdrag voor de rechten van de mens eist niet dat de 'law' waaraan de overheid is gebonden, wettenrecht (*statute law*) is, laat staan dat het wettenrecht afkomstig is van Koning plus Staten-Generaal. Ook 'ongeschreven' jurisprudentierecht (*common law*) komt in aanmerking, alsmede geschreven recht dat afkomstig is van lagere wetgevers. Wel stelt het Europese Hof kwaliteitseisen aan hetgeen in Straatsburg door de Verdragsluitende Partijen als 'law' wordt gepresenteerd. Het nationale recht moet, wil het als 'law' in aanmerking komen, beantwoorden aan eisen van *accessibility* en *foreseeability*.²⁷ Met de eerste eis wordt bedoeld op de toegankelijkheid van het recht: 'the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case'. De tweede eis heeft betrekking op het *lex certa*-beginsel, en daarmee op de voorzienbaarheid van het overheidsoptreden: 'a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences that a given action may entail'.

Aandacht verdient dat het Europese Hof hier geen harde, mechanisch toe te passen criteria formuleert. Wat 'adequate', 'sufficient' en 'reasonable' is, hangt af van de 'circumstances'. Deze flexibele, op de omstandigheden georiënteerde benadering is ingegeven door realiteitszin. Overspannen eisen aan de precisie van de regels stelt het Europese Hof niet. Dat blijkt reeds uit het feit dat de regel niet zo helder en exact behoeft te zijn dat de burger *zelf* de rechtsgevolgen van zijn handelen moet kunnen voorzien. Voldoende is als een (rechtsgeleerd) adviseur de consequenties tot op zekere hoogte kan overzien. Van dezelfde realistische benadering getuigt ook de nadere uitwerking die het Hof aan het *foreseeability*-vereiste geeft.

'Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.'

De genuanceerde en realistische kwaliteitseisen gelden zowel voor wettelijke regels als voor regels die langs jurisprudentiële weg tot stand zijn gekomen. Die laatste regels behoeven niet minder toegankelijk en precies te zijn dan wettelijke voorschriften. Er is dan ook geen reden die regels op voorhand als 'law' uit te sluiten. Daarmee is overigens niet gezegd dat geschreven en ongeschreven recht

- 26 Zie voor een meer uitvoerige uiteenzetting onder meer H.G.M. Krabbe, 'Artikel 8: de eerbiediging van het privé-leven', in: A.E. Harteveld, B.F. Keulen & H.G.M. Krabbe, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Groningen: 1996, p. 162 e.v. en M.S. Groenhuijsen & F.G.H. Kirsten, 'Het Bestimmtheitsgebot bepaald' (rubriek Rechtspraak), *D&D* 2001, p. 330 e.v., waarin de rechtspraak van de Hoge Raad wordt vergeleken met die van het EHRM.
- 27 Als standaardarrest geldt daarbij EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 m.nt. E. A. Alkema (*The Sunday Times* tegen Groot-Brittannië).

volstrekt inwisselbaar zijn. De wetgever vermag zo zagen wij meer dan de wetgever (het effectiviteitsargument). In dit verband kan gewezen worden op de eisen die het Hof stelt aan regels die (opsporings)bevoegdheden toekennen die diep ingrijpen in de privacy van de burger. Dergelijke regels dienen volgens het Hof ‘particularly precise’ te zijn. Zie met name de zaken *Kruslin* en *Huvig* (EHRM 24 april 1990, *NJ* 1991, 523 m.nt. EJD), waarin het ging om de bevoegdheid van de Franse onderzoeksrechter om telefoongesprekken af te luisteren. Een dergelijke bevoegdheid vraagt om ‘clear, detailed rules’. Het Hof concretiseert dat vereiste door een aantal punten op te sommen waarop de Franse ‘law’ tekortschoot. Zo was niet gespecificeerd welke personen door het af luisteren konden worden getroffen, noch welke strafbare feiten aanleiding tot af luisteren konden geven. Ook de duur van het af luisteren was niet geregeld. Voorts ontbraken procedureregels met betrekking tot het opmaken van tapverslagen en het bewaren en vernietigen van de bandopnames. Nu laat een dergelijke precieze regelgeving, die mede voorzieningen van procedurele en organisatorische aard bevat, zich moeilijk langs jurisprudentiële weg tot stand brengen. De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter zouden daartoe zeer ruim getrokken moeten worden. In elk geval ligt een *wettelijke* regeling het meest voor de hand.

Wettenrecht verdient dus in bepaalde gevallen uit een oogpunt van effectiviteit de voorkeur. Daarmee is niet gezegd dat wettenrecht steeds beter is. Ook voor wettelijke regels geldt dat zij dikwijls noodgedwongen ‘are couched in terms which (...) are vague and whose interpretation and application are questions of practice’. Het is dus onontkoombaar dat de nadere concretisering van wettelijke regels aan de praktijk van hun toepassing moet worden overgelaten. Dat gegeven levert echter paradoxaal genoeg een belangrijk winstpunt op. Het Hof pleegt namelijk de concretisering zoals die in de praktijk gestalte krijgt, te betrekken bij de vraag of het nationale recht in zijn geheel voldoende precies is. Het Hof kijkt dus niet alleen naar de (vage) formulering van de regel in de wet, maar tegelijk ook naar het jurisprudentierecht dat zich op basis van die regel heeft gevormd. In combinatie met die jurisprudentiële invulling en concretisering kan de norm, ondanks zijn vage formulering, toch recht opleveren dat de *foreseeability*-toets doorstaat.²⁸ Wat daarbij voor rechtersrecht geldt, geldt ook voor andere vormen van normering waarin de toepassing sprakelijk uitdrukking vindt. Het Hof pleegt acht te slaan op (gepubliceerde) beleidsregels, maar ook op interne richtlijnen, gedragscodes en reglementen.²⁹

Uit het voorgaande kunnen enkele eerste conclusies worden getrokken. Hoewel wettenrecht op bepaalde terreinen niet goed gemist kan worden, staat het rechtszekerheidsbeginsel niet aan ‘buitenwettelijk’ recht in de weg. Ook rechtersrecht kan onder omstandigheden voldoende ‘precies’ zijn. Rechtersrecht blijkt zelfs in zekere zin onmisbaar bij het realiseren van een voldoende mate van rechtszekerheid. Het is in veel gevallen de *combinatie* van wettelijke regels en nadere normering in de toepassingspraktijk die het ideaal van voorspelbaarheid

28 Zie bijvoorbeeld EHRM 27 september 1995, *NJ* 1996, 49 m.nt. Kn (G. tegen Frankrijk).

29 Zie met name EHRM 25 maart 1983, A 61 (Silver e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk). Het Hof betreft bij de beoordeling van de nauwkeurigheid van de regel de praktijk van haar toepassing (‘established practice’). Die praktijk kan blijken uit vormen van normering (bijvoorbeeld interne richtlijnen) die zelf niet tot ‘the substantive law’ behoren. Voorwaarde is wel dat die normering voor de *betrokkenen* (‘those concerned’) kenbaar was.

van rechtsgevolgen het dichtst benadert. Over de vraag *welke* ‘mix’ van geschreven en ongeschreven recht de meeste rechtszekerheid schept, lijkt daarbij *in zijn algemeenheid* niet veel meer te kunnen worden gezegd dan dat het antwoord afhangt van de ‘circumstances’. Met andere woorden: die vraag dient in het concrete geval te worden beantwoord.

Uit het voorgaande blijkt tevens dat het effectiviteitsargument zo lang is als het breed is. *Sommige* voorzieningen kunnen moeilijk anders dan door wetgeving tot stand gebracht worden; op *bepaalde* terreinen kan wettenrecht niet goed gemist worden. Ongeschreven recht is daarmee niet geheel uitgesloten. Aanvullend jurisprudentierecht kan de effectiviteit van de wet juist versterken.

Vergelijkbare relativerende opmerkingen kunnen worden gemaakt met betrekking tot het rechtseenheidsbeginsel. Jurisprudentierecht dat in het hele land gelding heeft, doet aan de rechtseenheid geen afbreuk. Hetzelfde geldt voor algemene maatregelen van bestuur en voor landelijke richtlijnen. Dergelijke aanvullende normering brengt de rechtseenheid niet in gevaar.

Opmerking verdient dat rechtersrecht alleen dan de rechtseenheid niet in gevaar brengt, als de lagere rechters bereid zijn zich te richten naar de rechtspraak van de hoogste rechter, dat is in strafzaken de Hoge Raad. Als rechtbanken en hoven zich niet gebonden zouden achten aan de uitspraken van het hoogste rechtscollege, dreigt wél versnippering van recht. Rechtseenheid gaat dus niet vanzelf. Dat geldt overigens ook ten aanzien van wetten in formele zin. Of daardoor werkelijk rechtseenheid tot stand komt, hangt mee af van de toepassing die de verschillende rechters bereid zijn daaraan te geven. Niet voor niets was in de begintijd van de nationale eenwording één van de kerntaken van het landelijk georganiseerde openbaar ministerie om bij elk gerecht te waken voor de juiste toepassing van de wet. Zo ook zal rechtseenheid op Europees niveau niet bereikt kunnen worden door het uitvaardigen van Europese verordeningen en richtlijnen alleen. Daarnaast zijn institutionele en procedurele voorzieningen nodig. Bij dat alles zal veel afhangen van de ‘Europese gezindheid’ van alle betrokken (nationale) instanties.

Een belangrijke voorwaarde voor rechtseenheid is zogezien een goede juridische ‘infrastructuur’. Het gaat daarbij niet alleen om institutionele voorzieningen (waaronder de organisatie van de rechterlijke macht), maar ook om de heersende rechtscultuur. Misschien is de ‘infrastructuur’ wel van meer gewicht dan de keuze tussen wettenrecht of rechtersrecht.

Ook het argument dat aan het democratiebeginsel kan worden ontleend om het recht vast te leggen in een wet in formele zin, kan worden gerelativeerd.³⁰ In de eerste plaats kan het moeilijk ondemocratisch genoemd worden als de wetgever zelf de nadere regeling van onderdelen van het strafprocesrecht delegeert aan de lagere wetgever. Tegen een uitwerking op onderdelen bij algemene maatregel van bestuur verzet het democratiebeginsel zich dan ook niet. Hetzelfde geldt als de wetgever bewust, door vage normstellingen en door de toekenning van ruim geformuleerde bevoegdheden, de nadere concretisering van de normen en de

30 Uitvoerig in deze zin Klaas Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding*, Deventer: 1998, p. 216 e.v.

bevoegdheden aan de praktijk overlaat. Jurisprudentierecht en beleidsregels doen dan juist recht aan de democratische wil van de wetgever. Daarbij dient bedacht te worden dat de wetgever de praktijk zonodig kan ‘terugfluiten’. Hij heeft het in beginsel in zijn macht om een door hem ongewenst geachte jurisprudentiële ontwikkeling recht te zetten door middel van een regeling van de materie bij wet in formele zin.

In de tweede plaats kunnen vraagtekens gezet worden bij de garantiefunctie van de betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging bij de totstandkoming van het recht. Opmerkelijk genoeg lijkt de bescherming van de rechten en vrijheden van de burger tegenwoordig bij de rechter in betere handen te zijn dan bij de wetgever. Die wetgever lijkt het Europese Verdrag van de Rechten van de Mens soms te beschouwen als een lastige hinderpaal bij de verwezenlijking van zijn ambities. Gelukkig echter is de rechter, doordat dat verdrag boven de wet gaat, in staat de burger tegen de wetgever te beschermen. Op ‘Straatsburg’ georiënteerd rechtर्सrecht lijkt zogezien in een levende rechtsstaat onmisbaar.³¹ Dat rechtर्सrecht kan gezien worden als een aanvullende garantie naast de garantie die in de democratische totstandkoming van de wet is gelegen.

Aan het democratiebeginsel kleef, zoals in de vorige paragraaf werd opgemerkt, een machtspolitiek aspect. Het behoeft niet te verbazen dat de beste garantie voor de rechtsstatelijkheid van het recht gelegen blijkt te zijn in een *verdeling* van de macht. De wetgever kan zo nodig de rechter terugfluiten, de rechter kan de wetgever corrigeren als deze de mensenrechten uit het oog verliest. In die precaire machtsverhouding moet de waarborg voor evenwichtig strafrecht worden gezocht.

De conclusie kan zijn dat de belangen van rechtszekerheid, rechtseenheid, democratie en effectiviteit niet dwingen tot een eenzijdige fixatie op regeling van het strafprocesrecht bij wet in formele zin. Die belangen verzetten zich niet tegen nadere normering door de rechter en de lagere wetgever. Het is veeleer zo dat aanvullend en corrigerend jurisprudentierecht onmisbaar is voor de verwezenlijking van de rechtsstaat. De rechtszekerheid is met nadere normering door de rechter gediend, terwijl in de toetsing van de wet aan het verdrag een belangrijke waarborg is gelegen voor de eerbiediging van de burgerrechten.

Het legaliteitsbeginsel kan zo enigszins worden gerelativeerd. Niet alle strafprocesrecht behoeft in de wet te zijn vastgelegd. Omgekeerd geldt dat regeling van het strafproces bij wet in formele zin niet garandeert dat aan rechtsstatelijke eisen is voldaan. De wettelijke regels kunnen immers zo vaag en onduidelijk zijn dat de justitiële autoriteiten daar alle kanten mee op kunnen. De regels kunnen voorts op gespannen voet staan met de grondrechten. Ten slotte geldt dat rechtseenheid niet wordt bereikt als een juridische infrastructuur die uniforme wetstoepassing waarborgt, ontbreekt.

31 Men kan twisten over de vraag of dergelijk, de wet opzij zettend rechtर्सrecht democratisch genoemd kan worden. Van belang lijkt daarbij te zijn wat men onder democratie verstaat. Als democratie meer is dan de dictatuur van de meerderheid, en respect voor de rechten van het individu vooronderstelt, behoeft de Straatsburgse jurisprudentie niet ondemocratisch genoemd te worden. In elk geval is het zo dat het in ‘onze’ democratie de (*Grond*)wetgever is geweest die het door het *parlement* geratificeerde verdrag boven de wet heeft gesteld. De onderworpenheid aan het verdrag berust zogezien toch op de wil van het volk.

2.2.4 Relatieve waarden

De relativering van het legaliteitsbeginsel had in de vorige paragraaf vooral betrekking op de *wijze* waarop rechtszekerheid, rechtseenheid en democratisch recht kan worden gerealiseerd. Een wet in formele zin is niet het enige middel om deze rechtswaarden veilig te stellen. Het legaliteitsbeginsel kan echter ook in andere zin worden gerelativeerd, namelijk door het relativeren van de achterliggende beginselen zelf. Deze beginselen vertegenwoordigen geen absolute waarden.

Ten aanzien van het belang van de rechtseenheid kwam dat al even aan de orde. De ene Europese rechtsruimte wordt niet door ieder met evenveel enthousiasme nagestreefd. Dat komt doordat het belang van die rechtseenheid moet worden afgewogen tegen andere belangen, waaronder het belang dat het (nationale) parlement bij de totstandkoming van het recht is betrokken. Een keuze voor het behoud van het eigen nationale recht betekent daarbij tegelijkertijd dat *niet* gekozen wordt voor (meer) rechtszekerheid. Voor de Europees opererende burger blijft de toegankelijkheid en de kenbaarheid van het recht dan immers een probleem. Hij moet zich grote moeite getroosten om te achterhalen wat in elk afzonderlijk land rechtens is.³² Vergelijkbare afwegingsvragen doen zich binnen de eigen nationale rechtsorde voor. Op het terrein van de strafvordering is lokaal recht zoals wij zagen zonder specifieke wettelijke grondslag uitgesloten. Dat is anders ten aanzien van het materiële strafrecht. Zo heeft elke gemeente haar eigen algemene (politie)verordening. De mogelijkheid van plaatselijk zeer uiteenlopende strafbaarstellingen is daarmee in principe aanvaard. Het behoud van de lokale democratie wordt zo bekocht met een gebrekkige kenbaarheid van het recht.

Democratisch recht, rechtseenheid en rechtszekerheid zijn derhalve rechtswaarden die tot op zekere hoogte tegen elkaar (en tegen andere belangen) kunnen en moeten worden afgewogen.³³ Dat kan alleen als het niet om absolute, maar om relatieve waarden gaat. Ten aanzien van de rechtszekerheid is dat van bijzonder belang. Het volgende moge dat duidelijk maken.

Zoals wij zagen stelt het Europese Hof geen overdreven hoge eisen aan de precisie van rechtsregels. 'Absolute certainty' wordt 'unattainable' geacht. Op het eerste gezicht gaat het hier om een toepassing van het principe dat niemand tot het onmogelijke gehouden is. Bij nadere beschouwing echter blijkt dat het gaat om een keuze. Het Hof wijst, ter onderbouwing van zijn stelling dat absolute zekerheid onbereikbaar is, op de nadelen van al te veel zekerheid: 'It may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances.' Geplaatst voor de keuze tussen rigide regels en regels die recht kunnen doen aan de bijzonderheden van het geval en de veranderende omstandigheden, kiest het Hof voor het laatste. Verwondering wekt die keuze niet. Ter illustratie kan worden gewezen op de grote straftoemeting svrijheid die de rechter in Nederland toekomt, en die in het algemeen als een groot goed wordt beschouwd. Het is niet

32 Vergelijk het op het civiele recht toegespitste betoog van J. H. Nieuwenhuis, 'De romantische rechtsschool van Maastricht', *RM Themis* 2003, p. 61 e.v.

33 Ook in dit verband kan gewezen worden op de spanningsverhouding die bestaat tussen democratisch recht en de handhaving van de burgerrechten door de rechter. Het buiten toepassing laten van de wet op grond van bovenwettelijk verdragsrecht kan gezien worden als een keuze van rechtsstatelijkheid boven democratie. Vergelijk de voorvoorgaande noot.

onmogelijk om per misdrijf de op te leggen straf in de wet te fixeren³⁴, maar wij kiezen daarvoor niet. De reden is dat zo geen recht kan worden gedaan aan de ernst van het feit, de omstandigheden van het geval en de persoon van de dader. Voorspelbaar recht mag met andere woorden niet leiden tot onrecht. Wij nemen daarom het onzekere voor het zekere.^{35/36}

Misschien is de werkelijke keuze niet die tussen rigide regels en rechtvaardige regels, maar die tussen voorspelbaar recht en *geen* recht. Verdedigd zou kunnen worden dat regels zowel tot voorspelbare als tot bevredigende uitkomsten moeten leiden, en als dat niet mogelijk is, eenvoudig van regeling moet worden afgezien. Dat echter is in veel gevallen een 'onmogelijke' keuze. Het zou betekenen dat grote delen van het maatschappelijke leven buiten het bereik van het (straf)recht blijven. Meer in het bijzonder zou het betekenen dat de overheid de positieve verplichting die uit onder meer de art. 2 en 8 EVRM voortvloeit om leven en lijf van de burger door middel van een effectieve strafwetgeving te beschermen, niet meer kan waar maken.

Het meest dramatisch wellicht komt de spanning tussen het ideaal van zeker recht enerzijds, en de behoefte aan strafrechtelijke bescherming anderzijds tot uitdrukking in art. 7 lid 2 EVRM.³⁷ Hoewel de behoefte aan rechtszekerheid op het terrein van het strafrecht zo groot is dat daaraan een aparte verdragsbepaling is gewijd, wordt tegelijkertijd buiten twijfel gesteld dat die bepaling

'shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations'.

Niets lijkt verder af te staan van het in art. 1 Sr neergelegde legaliteitsbeginsel dan bestraffing op grond van 'general principles'. Toch werd en wordt de uitzondering die het Besluit Buitengewoon Strafrecht destijds maakte op art. 1

34 Vergelijk de *mandatory life sentence* in het Britse strafrecht ingeval van *murder*.

35 In het verlengde van de idee dat aanpassing van het recht aan veranderende omstandigheden noodzakelijk is, ligt het standpunt van het Hof dat rechtsontwikkeling langs jurisprudentiële weg niet door het Verdrag in de ban wordt gedaan. Het Hof verbindt daaraan de conclusie dat de burger tot op zekere hoogte rekening moet houden met *veranderingen* in de jurisprudentie. Ook in dit opzicht wordt dus een afweging gemaakt tussen het belang van rechtszekerheid en dat van flexibiliteit, waarbij de afweging ertoe leidt dat een bepaalde mate van onzekerheid voor lief wordt genomen. Zie de nog nader te bespreken zaak C.R. tegen het Verenigd Koninkrijk (EHRM 22 nov. 1995, *NJ* 1997, 1 m.nt. Kn).

36 Weinig ruimte voor een belangenafweging is er althans op het eerste gezicht in de benadering van P.W. Brouwer, *a.w.*, met name p. 73, die zoals gezegd de noodzaak van precieze regels baseert op de eis dat de overheid respect moet hebben voor de burger. Hij verabsoluteert die eis bijna volledig: 'Er zijn geen belangen die zwaar genoeg wegen om uitzonderingen te maken op het gebod van respect.' Alleen in hoogst uitzonderlijke gevallen zou dat anders zijn. Toch ziet Brouwer ruimte voor minder precieze regels, omdat daarbij van een gebrek aan respect geen sprake hoeft te zijn. Het 'chilling effect' van onzekere regels kan volgens Brouwer zelfs positief gewaardeerd worden (p. 74/75).

37 Zie voor de betekenis van deze verdragsbepaling en van het vergelijkbare art. 15 lid 2 IVBP, Machteld Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*, Antwerpen/New York/Oxford: 2002, p. 137 e.v. en p. 158 e.v.

Sr door de meeste schrijvers als ‘noodzakelijk’ beschouwd.³⁸ Dat het strafrecht uitgerekend tegen het grofste misbruik van overheidsgezag geen bescherming zou kunnen bieden, wordt niet aanvaardbaar geacht. Beter dan géén recht is, als het erop aankomt, vaag recht.

Iets van diezelfde spanning tussen de wenselijkheid van voorspelbaar recht en de beschermende functie van het strafrecht schemert door in EHRM 12 nov. 1995, *NJ* 1997, 1 m.nt. Kn. (C.R. tegen het Verenigd Koninkrijk). Verkrachting binnen het huwelijk was in Engeland niet strafbaar. Dat veranderde in 1991, toen de *House of Lords* in de strafzaak tegen C.R. de desbetreffende delictsomschrijving van een andere interpretatie voorzag. De vraag was of deze opheffing van de immuniteit van de wettige echtgenoot voor de verdachte (C.R.) *foreseeable* was geweest. Het Hof beantwoordde die vraag bevestigend. Hier van belang is dat het Hof bij dat oordeel het evident mensonterende karakter van verkrachting betrok.

‘The essentially debasing character of rape is so manifest that the result of the decisions of the Court of Appeal and the House of Lords – that the applicant could be convicted of attempted rape, irrespective of his relationship with the victim – cannot be said to be at variance with the object and purpose of Article 7 of the Convention, namely to ensure that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment (...). What is more, the abandonment, of the unacceptable idea of a husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with a civilised concept of marriage but also, and above all, with the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom.’

Hoe deze overweging moet worden begrepen, is niet geheel duidelijk. Men kan het argument dat het mensonterende karakter van verkrachting *manifest* was, in de sleutel zetten van de *foreseeability*-toets. Als men het gedrag van C.R. afmeet aan fundamentele rechtswaarden (waaronder *respect for human dignity*), komt een veroordeling niet als een verrassing. Tegelijk echter kan men het argument dat immuniteit van vervolging wegens verkrachting *onacceptabel* is, in de sleutel zetten van de positieve verplichting die de staat op grond van art. 8 EVRM heeft om de (potentiële) slachtoffers van verkrachting een effectieve strafrechtelijke bescherming te bieden. Het gaat dan dus om een afweging van het belang van rechtszekerheid voor de (potentiële) verdachte tegen het belang van daadwerkelijke bescherming van (potentiële) slachtoffers. Men kan zich afvragen wat de uitkomst was geweest als C.R. was vrijgesproken, en zijn (ex-)vrouw daarover in Straatsburg had geklaagd.³⁹

38 Vergelijk M.S. Groenhuijsen, ‘Het Besluit Buitengewoon Strafrecht (1943) en het legaliteitsbeginsel in strafzaken’, in: G.J.M. Corstens en M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en recht, Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. Mr. N. Keijzer van de Katholieke Universiteit Brabant*, Gouda Quint, Deventer 2000, p. 153 e.v.

39 Vergelijk de zaak X en Y tegen Nederland (EHRM 26 maart 1985, *NJ* 1985, 525 m.nt. EAA), waarin Nederland werd veroordeeld omdat het destijds geldende klachtrecht aan een strafrechtelijke vervolging van de verdachte (wegens overtreding van art. 248ter Sr-oud) in de weg stond. In zijn noot onder het arrest wijst Alkema op het conflict tussen art. 7 en art. 8 EVRM.

Men kan verschillend oordelen over de wijze waarop het Europese Hof de belangen in de zaak C.R. tegen elkaar heeft afgewogen.^{40/41} Dat rechtszekerheid in het stelsel van het EVRM (zoals dat door het Hof is vormgegeven) geen absolute, op zich zelfstaande grootheid is, moge echter duidelijk zijn. De invulling van de rechtszekerheidseis hangt mede af van andere rechtens relevante waarden en belangen, waaronder de ‘fundamental objectives’ van de Europese Conventie.

2.2.5 Rechtszekerheid gerelateerd aan rechtsbescherming

Hiervoor, onder 2.2.2, werd reeds gesteld dat het rechtszekerheidsbeginsel op het terrein van het publieke recht, en meer in het bijzonder op dat van het strafrecht, een bijzonder betekenis heeft vanwege de behoefte aan bescherming van de burger tegen de macht van de overheid. Hoewel voorzienbaarheid van rechtsgevolgen ook zelfstandige waarde heeft, staat die voorzienbaarheid op het terrein van het strafrecht vooral in het teken van de rechtsbescherming. Zo kan worden begrepen dat, naar onder 2.2.3 reeds aan de orde kwam, de eisen die op het vlak van de opsporing aan de precisie van de regelgeving worden gesteld, toenemen naarmate de (dreigende) inbreuk op de rechten van de burger groter is.

Een verband tussen rechtszekerheid en bescherming tegen willekeurig overheidsoptreden werd ook gelegd in de zojuist besproken zaak C.R. tegen het Verenigd Koninkrijk. Het Hof overwoog zoals wij zagen dat de veroordeling van C.R. ‘cannot be said to be at variance with the object and purpose of Article 7 of the Convention, namely to ensure that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment.’ De vraag naar de voorzienbaarheid van de bestraffing wordt hier gerelateerd aan het doel en de strekking van het *nulla poena*-beginsel, namelijk het tegengaan van willekeur. Daarin lijkt weer een zekere relativisering van het rechtszekerheidsbeginsel besloten te liggen: voorspelbaarheid van rechtsgevolgen vormt een middel om willekeur tegen te gaan. De consequentie lijkt te zijn dat, als niet voor willekeur behoeft te worden gevreesd, gebrekkige voorzienbaarheid geen onoverkomelijk probleem vormt.

In deze paragraaf zal de verhouding tussen rechtszekerheid en rechtsbescherming nader worden gezien. Daarbij zal in het bijzonder worden ingegaan op het verschil dat in dit opzicht tussen materieel en formeel strafrecht moet worden gemaakt. De bijzondere verhouding waarin rechtszekerheid en rechtsbescherming op het terrein van de strafvordering tot elkaar staan, is van cruciale betekenis voor de beoordeling van de in het project Strafvordering 2001 gekozen benadering. Er zij in dit verband aan herinnerd dat de kritiek op onze keuze voor een

40 Zie J. de Hullu die in zijn noot in *Ars Aequi* (AA 1996, p. 508 e.v.) stelt dat willekeurige bestraffing niet goedge maakt kan worden door een moreel oordeel over het gedrag in kwestie. Het legaliteitsbeginsel beoogt immers bescherming te bieden tegen morele verontwaardiging.

41 Zie in dit verband ook de kritiek die P. W. Brouwer, *a.w.*, p. 75 e.v. vanuit een ‘regelconceptie van legaliteit’ levert op de ‘rechtenconceptie van legaliteit’ die Klaas Rozemond ook voor het materiële strafrecht verdedigt (‘Legaliteit in het materiële strafrecht’, *RM Themis* 1999, p. 117 e.v.). Het verschil in uitkomst tussen beide concepties behoeft overigens niet groot te zijn. Ook in een ‘regelconceptie’ kan – bij de uitleg van de regel – met de ratio van de strafbepaling rekening worden gehouden, terwijl in een ‘rechtenconceptie’ aan het in art. 7 EVRM gegarandeerde recht op zekerheid een (zwaar) gewicht kan worden toegekend. Het springende punt is misschien wel of in een rechtenconceptie plaats is voor rechterlijk overgangsrecht, zodat terugwerking van een omslag in de jurisprudentie kan worden vermeden.

betrekkelijk open wetboek – een ‘wetboek van elastiek’ – zich lijkt te richten op het feit dat daardoor de rechtsbescherming in het gedrang komt.

Alhoewel rechtszekerheid en rechtsbescherming nauw met elkaar samenhangen, gaat het toch om te onderscheiden aspecten van de rechtsstaatgedachte. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van art. 8 lid 2 EVRM, dat een toetsingsschema geeft voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van inbreuken op de privacy. De eerste vraag van het schema is of de inbreuk ‘in accordance with the law’ is. Het gaat daarbij om de vraag of voor de inbreuk een basis in het nationale recht aanwezig is. Het is in het kader van die eerste vraag dat het Europese Hof de kwaliteitseisen van *foreseeability* en *accessibility* stelt. Het gaat, zo moge duidelijk zijn, bij die eerste vraag om de rechtszekerheid, om de mogelijkheid die burgers moeten hebben om hun gedrag af te stemmen op de consequenties die het recht daaraan verbindt. Daarmee is de kous echter niet af. Als de inbreuk ‘in accordance with the law’ is, vraagt het toetsingsschema van art. 8 lid 2 EVRM om de beantwoording van twee volgende vragen. De inbreuk moet een *legitimate aim* hebben en moet bovendien ‘necessary in a democratic society’ zijn.

Dat het overheidsoptreden met een grote mate van zekerheid valt te voorspellen, wil dus nog niet zeggen dat dat optreden niet willekeurig is. De bescherming van de rechten en vrijheden van de burger vraagt om meer dan een voorzienbaarheidstoets alleen. Er is tevens een *inhoudelijke* beoordeling van het overheidsoptreden nodig. Dat optreden moet gerechtvaardigd zijn. Met andere woorden: bescherming tegen willekeur houdt ook in dat niet zonder *goede reden* inbreuk wordt gemaakt op de rechten van de burger.

Of sprake is van een goede reden hangt in de Straatsburgse jurisprudentie vooral af van de proportionaliteit van het overheidsingrijpen. De inbreuk op de rechten en vrijheden mag niet groter zijn dan in het licht van de *legitimate aim* gerechtvaardigd is te achten. Het gaat daarbij om een beoordeling in concreto. De niet onbelangrijke consequentie daarvan is, dat de voorspelbaarheid van het overheidsoptreden paradoxaal genoeg gemakkelijk in strijd kan komen met de rechtsbescherming. Zoals in de vorige paragraaf al werd gesignaleerd, beletten al te rigide regels dat recht wordt gedaan aan de bijzonderheden van het geval. Optreden volgens starre regels is met andere woorden al gauw disproportioneel.

Bij wijze van voorbeeld zij gewezen op de zaak *Pretty* tegen het Verenigd Koninkrijk (EHRM 29 april 2002, nr. 2243/06). In deze zaak stond het Britse verbod op euthanasie centraal. De *Director of Public Prosecutions* (DPP) had geweigerd in te gaan op het verzoek om de echtgenoot van *Pretty* op voorhand te vrijwaren van strafvervolging als deze *Pretty* hulp bij haar zelfdoding zou verlenen. De vraag was of die weigering een disproportionele inbreuk op *Pretty*’s persoonlijke autonomie (die door art. 8 EVRM wordt beschermd) opleverde. Daarbij werd niet de strafbaarstelling van hulp bij zelfdoding als zodanig aangevochten, maar de ‘blanket nature’ van dat verbod. Voor schrijnende gevallen zou een uitzondering gemaakt moeten kunnen worden. Het Hof verwierp dat betoog. Hier van belang is dat het Hof daarbij in aanmerking nam dat ‘flexibility is provided for in individual cases’. Strafvervolging was geen automatisme (de DPP moest daarvoor toestemming geven), terwijl euthanasie in de praktijk betrekkelijk mild werd bestraft. De beoordelingsvrijheid die de justitiële autoriteiten in het individuele geval toekwam, werd hier dus als een pluspunt genoteerd. De keerzijde van die medaille was dat de echtgenoot van *Pretty* in het onzekere werd gelaten over de rechtsgevolgen van zijn handelen. Het zou

kunnen zijn dat de DPP geen toestemming zou geven voor strafvervolgning, maar daarover behoefde hij vooraf geen uitsluitsel te geven. De zekerheid die het individu zich wenste, moest het afleggen tegen de andere belangen die op het spel stonden.⁴²

Ruime bevoegdheden bij de toepassing van de wet, noodzakelijk om de proportionaliteit van het optreden in het concrete geval te waarborgen, leiden onvermijdelijk tot een bepaalde mate van onvoorspelbaarheid. Het gevaar voor misbruik en willekeur is daarbij niet denkbeeldig. Het is in dat licht begrijpelijk dat het Europese Hof bij de *necessity*-toets de vraag pleegt te betrekken of er voldoende waarborgen tegen misbruik van de desbetreffende bevoegdheid zijn. Daarbij dient bijvoorbeeld gedacht te worden aan rechterlijke toetsing vooraf. Zo ligt in het gegeven dat voor het opnemen van telecommunicatie een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris is vereist (vergelijk art. 126m jo. art. 126l lid 4 Sv), een belangrijke waarborg dat de telefoon niet zonder goede reden wordt afgetapt.

Een dergelijke procedurele waarborg compenseert tot op zekere hoogte de gebrekkige voorzienbaarheid van de wijze waarop de bevoegdheid in het individuele geval wordt toegepast. Als de inhoud van de regel die te nemen beslissing slechts in beperkte mate dicteert – en in zoverre dus als waarborg tegen willekeur tekortschiet –, komt het accent noodgedwongen te liggen op de procedure, op de wijze waarop de beslissing tot stand komt. Ook het omgekeerde is tot op zekere hoogte waar. Als de procedure in voldoende mate waarborgt dat niet zonder goede reden inbreuk wordt gemaakt op de rechten van de burger, kan met betrekkelijk vage regels worden geleefd. Als daarentegen maar in beperkte mate op de procedure kan worden vertrouwd, neemt het belang van precieze regels toe.

Het is bij dit alles overigens niet zo dat *foreseeability* en procedurele waarborgen geheel tegen elkaar kunnen worden ingewisseld. In de Straatsburgse jurisprudentie worden beide eisen naast elkaar gesteld. Idealiter moet én de regel precies zijn, én de procedure met waarborgen omkleed. Wel is het zo dat beide eisen op elkaar zijn betrokken. Om te beoordelen of het gevaar van willekeur afdoende is bezworen, moet de precisie van de regel en de waarborgen bij de toepassing ervan in hun onderlinge samenhang worden beschouwd. Een scherp onderscheid tussen beide elementen van de *rule of law* valt daarbij niet te maken.

Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak van het Europese Hof met betrekking tot ‘stiekeme’ opsporingsmethoden als het afluisteren van de telefoon. In de zaak *Malone* tegen het Verenigd Koninkrijk (EHRM 2 aug. 1984, *NJ* 1988, 534 m.nt P. Van Dijk) stond de vraag centraal of het afluisteren van *Malone*’s telefoon in ‘accordance with the law’ was.⁴³ De Britse regering had

42 Het Hof zag zelfs principiële bezwaren tegen vrijwaring vooraf: ‘Strong arguments based on the rule of law could be raised against any claim by the executive to exempt individuals or classes of individuals from the operation of the law.’ Het Hof voegde daaraan toe dat in elk geval de ernst van het strafbare feit maakte dat de weigering van de DPP niet willekeurig of onredelijk genoemd kon worden. De *legitimate aim* van het overheidsoptreden (bescherming van het leven door middel van effectieve afschrikking) maakte uitzonderingen en flexibiliteit vooraf dus niet ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’. Flexibiliteit achteraf was daarentegen wel geboden. De onzekerheid die daarvan het resultaat was, moest op de koop toe worden genomen.

43 Het arrest bouwde voort op eerdere jurisprudentie: zie met name de zaak *Klass e.a.* tegen Duitsland (EHRM 6 september 1978, A 28) en de zaak *Silver e.a.* tegen het Verenigd Koninkrijk (EHRM 25 maart 1983, A 61).

aangevoerd dat de eis van *foreseeability*, zoals gesteld in het Sunday Times-arrest, in ‘the wholly different context of secret surveillance’ van geen betekenis was. Het ging bij de aan de justitiële autoriteiten toegekende bevoegdheid immers niet om voorschriften die zich tot de burger richten. Het belang dat de burger de consequenties van zijn *eigen* handelingen moest kunnen voorzien, was hier dus niet aan de orde. En het kon toch niet zo zijn dat de burger de handelingen *van de autoriteiten* (het af luisteren van zijn telefoon) moest kunnen voorzien, zodat hij zijn gedrag daarop zou kunnen afstemmen.

Het Hof stelde daar tegenover dat de zinsnede ‘in accordance with the law’ uitgelegd moest worden in overeenstemming met de *rule of law* en daarom impliceerde dat ‘there must be a measure of legal protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded in (art. 8 EVRM)’. Daarbij wees het Hof erop dat het gevaar voor willekeur extra groot is ‘where a power of the executive is exercised in secret’. Uiteraard had de Britse regering gelijk met haar stelling dat de invulling van de voorzienbaarheidseis afhing van de context en dat die eis niet kon betekenen dat de burger van te voren moest kunnen weten wanneer hij getapt zou worden. Dat echter nam niet weg dat

‘the law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference with the right to respect for private life and correspondence.’

De idee dat de individuele burger zijn gedrag op het recht moet kunnen afstemmen, is in de door het Hof gekozen benadering ver naar de achtergrond gedrongen.⁴⁴ Toch worden aan de precisie van de wet eisen gesteld, en wel om het risico van willekeurig overheidsoptreden in te dammen. De rechtszekerheidseis wordt hier dus gedomineerd door het belang van rechtsbescherming. Dat wordt onderstreept door het antwoord dat het Hof geeft op de vraag of en in hoeverre de regulering van de bevoegdheidsuitoefening aan het beleid van de autoriteiten kan worden overgelaten.

‘Since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference.’

44 Veelzeggend is misschien, zeker in vergelijking met de zaak *Sunday Times*, het gebruikte meervoud: ‘citizens’. De *burgerij* moet een ‘indicatie’ hebben van wat de overheid vermag. Voor de individuele burger tegen wie het onderzoek zich richt, heeft die indicatie weinig voorspellende waarde. Juist de burger die ten onrechte van ernstige misdrijven wordt verdacht, en die dus in de eerste plaats bescherming verdient, zal – hoe kenbaar het recht ook moge zijn – geen enkele aanleiding hebben te veronderstellen dat zijn telefoon wordt afgeluisterd.

De ‘clarity’ die het Hof verlangt, wordt in deze overweging geheel ‘opgehangen’ aan de rechtsbescherming.⁴⁵ In latere jurisprudentie wordt op dit stramien voortgeborduurd. In de arresten *Kruslin* en *Huvig* wordt, zoals wij onder 2.2.3 zagen, geëist dat de *law* die betrekking heeft op de telefoontap, ‘particularly precise’ is.⁴⁶ Opvallend is dat het Hof bij zijn oordeel over de precisie van het Franse recht ook de waarborgen tegen misbruik betreft. De Franse regering had maar liefst zeventien waarborgen weten op te sommen. Het Hof nam daarvan met waardering kennis. ‘The Court does not in any way minimise the value of several of the safeguards, in particular the need for a decision by an investigating judge, who is an independent judicial authority.’ Toch viel het oordeel over de *law* negatief uit. Er waren teveel minpunten. Zo waren maar enkele van de opgevoerde waarborgen uitdrukkelijk in het Franse wetboek neergelegd. Andere waren, maar alleen ‘piecemeal’, te vinden in de jurisprudentie. Van weer andere kon zelfs dat niet gezegd worden. Het ging daarbij slechts om een ‘extrapolatie’ van algemene beginselen en vergelijkbare regelingen. Het belangrijkste echter was dat de genoemde waarborgen niet voldoende waren. ‘Above all, the system does not for the time being afford adequate safeguards against various possible abuses.’ Als voorbeelden van tekortkomingen noemt het Hof dan in één adem onder meer het ontbreken van een omschrijving van de gevallen waarin getapt kon worden, en het gemis van een regeling die waarborgt dat de verdediging achteraf de bandopnamen in hun geheel kan afluisteren. Tussen ‘precieze’ gedragsregels en waarborgen tegen misbruik wordt hier geen onderscheid gemaakt. Dat behoeft niet te verbazen, omdat het bij beide zaken uiteindelijk om hetzelfde gaat: bescherming tegen willekeurig overheidsoptreden.

Welke lessen kunnen uit dit niet zonder reden wat breed uitgesponnen voorbeeld worden getrokken? De eerste les knoopt aan bij het gegeven dat het Hof in het arrest *Malone* het stiekeme karakter van de opsporingsmethode opvoert als argument voor een nauwkeurige regeling. Daaruit mag, zoals uit latere jurisprudentie blijkt, niet de conclusie worden getrokken dat opsporingsmethoden die openlijk worden toegepast (zoals een huiszoeking) geen regeling behoeven die ‘particularly precise’ is. Wel blijft staan dat geheime methoden een groter gevaar voor misbruik opleveren. Positief geformuleerd: het feit dat de uitoefening van een bevoegdheid wél ‘open (is) to scrutiny by the individuals concerned or the public at large’ vormt een niet onbelangrijke waarborg tegen willekeur. De processuele situatie waarin de bevoegdheid wordt uitgeoefend, legt dus gewicht in de schaal bij de vraag of voorzien is in voldoende rechtsbescherming. Daarbij sluit aan dat het uitmaakt *wie* de bevoegdheid uitoefent. Betrokkenheid van een onafhankelijke rechter ziet het Hof, zoals ook uit *Kruslin* en *Huvig* blijkt, als een belangrijke waarborg.

Een en ander biedt steun aan de benadering die in het project Strafvordering 2001 is gevolgd. Het mag bij de vraag hoe precies gemillimeterd moet worden bij de toekenning van bevoegdheden aan justitiële autoriteiten, uitmaken of het gaat om bevoegdheden die door een rechter in *open court* worden uitgeoefend,

45 Terzijde zij opgemerkt dat het feit dat volgens het Hof rekening mag worden gehouden met ‘the legitimate aim of the measure in question’ weer illustreert dat de vereiste rechtszekerheid mede afhangt van een belangenafweging.

46 Zie ook EHRM 25 maart 1998, *NJ* 2001, 459 m.nt. Kn (Kopp tegen Zwitserland) en EHRM 12 mei 2000, *NJ* 2002, 180 m.nt. Sch. (Khan tegen het Verenigd Koninkrijk).

dan wel om bevoegdheden die tijdens het veel minder open vooronderzoek in handen zijn gelegd van een opsporingsambtenaar. Het feit dat de rechter ter terechtzitting onder de controle staat van het publiek en de procespartijen, het feit dat hij zijn beslissingen dient te motiveren, en het feit dat zijn beslissingen doorgaans in hoger beroep en cassatie kunnen worden aangevochten, vormen belangrijke waarborgen tegen misbruik. Dat, gevoegd bij het feit dat de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie bijna automatisch leidt tot aanvullende normering in de jurisprudentie, maakt dat de wetgever de uitoefening van de bevoegdheden van de zittingsrechter als regel niet tot in detail behoeft te regelen. Vandaar dat wij niet hebben voorgesteld om de zittingsvoorschriften in het algemeen nog preciezer te regelen dan thans reeds het geval is. Dit in tegenstelling tot de opsporingsbevoegdheden, die in onze voorstellen wel van een wettelijke normering wordt voorzien die – in vergelijking met de huidige situatie – op tal van punten ‘preciezer’ is.

De tweede les die uit het voorbeeld kan worden getrokken is verstrekkender, en zou dan ook logisch gezien aan de eerste moeten vooraf gaan. Die les is dat het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel anders moet worden ingekleurd dan zijn materieelrechtelijke evenknie. Naar onder 2.2.2 reeds werd gesteld kent het rechtszekerheidsbeginsel twee aspecten. Het eerste aspect is dat van de voorzienbaarheid voor de burger van de consequenties van het eigen handelen. Het tweede aspect is dat van bescherming tegen willekeur. Bij de materieelrechtelijke rechtszekerheid treedt dat eerste aspect sterk op de voorgrond, in het bijzonder als het gaat om de gebods- en verbodsnormen die door het strafrecht worden gesanctioneerd. Voor de individuele burger moeten die normen kenbaar zijn, zodat hij zijn gedrag daaraan kan aanpassen. Het belang van nauwkeurige delictsomschrijvingen is zo groot, dat de *foreseeability*-eis is verzelfstandigd tot een apart mensenrecht: art. 7 EVRM. Dat wil overigens niet zeggen dat de rechtsbescherming enkel door nauwkeurige strafbepalingen is verzekerd. De toepassing van die nauwkeurige bepalingen is met procedurele waarborgen omgeven, die eveneens verzelfstandigd zijn tot een apart recht: art. 6 EVRM. Ook hier geldt derhalve dat het de combinatie van ‘precieze’ regels en processuele waarborgen is waarin de rechtsbescherming gestalte krijgt.⁴⁷

De processuele waarborgen die art. 6 EVRM eist, krijgen vorm in het strafprocesrecht. In zoverre staat de rechtsbescherming daarin dus per definitie centraal. De beslissende vraag is niet of de burger op de hoogte kon zijn van alle waarborgen die het recht hem bood, maar of die burger door die waarborgen in voldoende mate was gevrijwaard van willekeurige vervolgingen bestraffing. Daarbij sluit aan dat het in het strafprocesrecht in de meeste gevallen niet gaat om voorschriften die zich tot de burger richten. Niet zijn gedrag wordt geregeld, maar dat van de met de wetshandhaving belaste autoriteiten. Ook dat maakt dat aan de voorspelbaarheid in het strafprocesrecht een beperkte betekenis toekomt.

Dat laatste geldt ook ten aanzien van voorschriften die niet primair gericht zijn op het waarborgen van een fair hearing, maar die onderzoeksbevoegdheden

47 Misschien is het niet al te gewaagd om te veronderstellen dat de reden waarom bestraffing op grond van ‘general principles’ in uitzonderlijke situaties aanvaardbaar wordt geacht, mede gelegen is in het feit dat een garantie tegen willekeur is gelegen in het feit dat die bestraffing gebonden is aan het recht op een *fair trial*.

scheppen die zich *tegen* de (verdachte) burger keren. Voorspelbaarheid staat daarbij bepaald niet voorop. Zoals de zaak *Malone* illustreert kan het zelfs een legitiem belang zijn dat de verdachte vooralsnog met de bevoegdheidsuitoefening onbekend blijft. Wat wel voorop staat, is de rechtsbescherming: de wettelijke regeling moet de proportionaliteit en de subsidiariteit van het overheidsoptreden in het concrete geval garanderen. Proportionaliteit en subsidiariteit in concreto brengt onvermijdelijk mee dat veel aan de discretie van de autoriteiten moet worden overgelaten.⁴⁸ De besproken jurisprudentie onderstreept dat. Want hoe ‘particularly precise’ de regeling van ingrijpende bevoegdheden ook moet zijn, starre instructienormen eist het Europese Hof niet. De rechtszekerheidseis vertaalt zich daarom in waarborgen tegen willekeur.

Het onderscheid dat hier is gemaakt tussen materieelrechtelijke en procesrechtelijke rechtszekerheid is schematisch van aard. De werkelijkheid geeft een genuanceerder beeld te zien. Het is dan ook niet zo dat de *accessibility* and *foreseeability* er in het strafprocesrecht in het geheel niet toe doen. Kenbaarheid van de regels is in de eerste plaats van belang omdat het mogelijk maakt dat het gedrag van de autoriteiten onderworpen wordt aan ‘scrutiny by the individuals concerned or the public at large’. Als de burgers hun rechten kennen, zullen de autoriteiten minder snel hun boekje te buiten gaan. In zoverre staat de kenbaarheid echter geheel in het teken van de rechtsbescherming. Zij draagt bij aan de regulering van het gedrag van de autoriteiten. Kenbaarheid van de regels is in de tweede plaats van belang omdat burgers actief in het strafproces participeren. Zo moet de verdachte bij het voeren van zijn verdediging een inschatting kunnen maken van de consequenties van de procesopstelling die hij kiest. In zoverre gaat het wél om de afstemming van het eigen gedrag op de mogelijke rechtsgevolgen. Zonder de mogelijkheid van een dergelijke afstemming zou van een *fair hearing* geen sprake zijn. Daarmee is echter tegelijk gezegd dat de voorzienbaarheid ook hier vooral in het teken van de rechtsbescherming staat. Dat wil zeggen dat vergroting van de voorspelbaarheid in het strafproces niet of nauwelijks zelfstandige betekenis heeft. De toetssteen zal steeds moeten zijn of die grotere voorspelbaarheid bijdraagt aan de realisering van het recht op een eerlijk proces. Daarbij moet voor ogen worden gehouden dat de *fairness* die in concreto is vereist, gemakkelijk in starre regels wordt gesmoord.

De ‘eigen’ kleur die de rechtszekerheid op het terrein van het strafprocesrecht heeft, is in hoge mate bepalend geweest voor de wijze waarop het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel in het kader van Strafvordering 2001 invulling heeft gekregen. Optimalisering van de rechtsbescherming heeft daarbij voorop gestaan. De centrale vraag was derhalve op welke wijze het beste kan worden gegarandeerd dat het recht van de verdachte op een eerlijk proces in zijn zaak wordt verwezenlijkt en dat het optreden van de autoriteiten in het concrete geval proportioneel is, dat wil zeggen recht doet aan alle in het geding zijnde belangen. Het accent van de wetgevende arbeid komt dan niet te liggen op het formuleren van gedragsregels die door de procesdeelnemers strikt moeten worden nageleefd, maar op het

48 Zo kan ook begrepen worden dat in het materiële strafrecht aan de voorzienbaarheid van de op te leggen sanctie minder gewicht wordt toegekend dan aan de precisie van de te handhaven norm. Sanctioneringsvoorschriften richten zich primair tot de autoriteiten. We hechten aan de straftoemingsvrijheid van de rechter om nodeloos zware bestraffing te kunnen voorkomen.

scheppen van waarborgen tegen willekeurige bevoegdheidsuitoefening. Daaronder valt ook, en misschien wel in de eerste plaats, het (her)scheppen van de processuele situatie. De (contradictoire) structuur van het strafproces kan er in belangrijke mate aan bijdragen dat de justitiële autoriteiten hun taken en bevoegdheden op een behoorlijke wijze uitoefenen. Zie daarover nader hierna, onder 2.4.4.

2.2.6 Legaliteit en context

De discussie over de vraag of en in hoeverre het strafprocesrecht regeling in de wet moet vinden speelt zich niet af in een maatschappelijk en juridisch vacuüm. In het voorgaande kwam dat reeds zijdelings aan de orde. Zo heeft een beroep op het belang van rechtseenheid een ander gewicht in de context van de nationale staat dan in die van de Europese eenwording. Zo ook heeft het beroep op rechtseenheid binnen de nationale context historisch gezien een ander gewicht gekregen. Voor het *vestigen* van de nationale eenheidsstaat was een sterke binding van de rechter aan de wet een welhaast noodzakelijke voorwaarde. Het belang van die binding neemt af als eenmaal rechtseenheid is tot stand gebracht. Dan namelijk kan de ‘juridische infrastructuur’ in samenhang met de inmiddels gegroeide ‘nationale’ rechtscultuur mede als bindmiddel fungeren. De wet kan dan plaats maken voor rechtersrecht zonder dat de rechtseenheid daardoor in gevaar komt.

Soortgelijke observaties kunnen gemaakt worden met betrekking tot het democratiebeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Het democratiebeginsel is geformuleerd in reactie op het eenzijdige ‘bevelsrecht’ van de despotische vorst. In die context komt aan het democratiebeginsel grote principiële betekenis toe. Als het met andere woorden gaat om de vraag of de strafvordering geheel bij Koninklijk Besluit zou kunnen worden geregeld, stuit een bevestigend antwoord op fundamentele bezwaren. Een beroep op het democratiebeginsel om rechtersrecht te weren, is echter van een andere orde. Naar onder 2.2.3 reeds werd opgemerkt kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de wijze waarop het parlement tegenwoordig fungeert als hoeder van de rechten van het individu. Men krijgt soms de indruk dat de wetgever, in plaats van zelf de grenzen te trekken, zich bepaalt tot het verkennen van de grenzen die de rechter hem op grond van de mensenrechtenverdragen stelt. Zogezien is het de rechter die de burger tegen de wetgever beschermt. Maar wat daarvan zij, het punt dat hier de aandacht verdient, is dat het vertrouwen dat in de wetgever wordt gesteld of kan worden gesteld, mede bepaald wordt door het heersende maatschappelijke en politieke klimaat. Het kan moeilijk anders of het debat over de wenselijkheid van regeling bij wet wordt daardoor gekleurd.

Wat het rechtszekerheidsbeginsel betreft, kan er eveneens op worden gewezen dat de wet als ‘instrument van verandering’ aanvankelijk een bijna onmisbare functie had. Om te breken met de praktijken van het *ancien régime* was het nodig dat de wet de rechter precies voorschreef wat van hem werd verwacht. Illustratief is hier art. 310 van de Code d’Instruction Criminelle, die hier tot 1838 gold.⁴⁹ Het artikel bepaalde dat de verdachte ongeboeid ter zitting moest verschijnen en dat hij slechts vergezeld werd door bewaarders om te beletten dat hij onvluchtte. Het

49 Vergelijk G. Knigge, *De strafvordering in het geding*, preadvies NJV 1994, p. 64 e.v.

was destijds nog nodig om de rechter in te prenten dat de verdachte geen voorwerp van onderzoek meer was, maareen volwaardige procespartij die dan ook ongeboeid zijn verdediging moest kunnen voeren. Tegenwoordig spreekt dat zo vanzelf, dat expliciete voorschriften met betrekking tot de wijze waarop de verdachte ter zitting dient te verschijnen, overbodig worden geoordeeld. Het vanzelfsprekende behoeft immers geen uitdrukking in de wet. Wat vanzelfsprekend is, verschilt echter van tijd tot tijd, en van plaats tot plaats. Het antwoord op de vraag hoe ‘precies’ de wettelijkeregeling dient te zijn, is dan ook noodzakelijkerwijs tijd- en plaatsgebonden.

Het voorbeeld laat zien dat destijds een expliciet wettelijk voorschrift nodig was om de verdachte een ‘faire’ behandeling ter zitting te verzekeren. Tegenwoordig volstaat een zeer globale regeling. De voorzitter van het rechterlijk college is belast met de handhaving van de orde op de zitting en kan daartoe de nodige bevelen geven (art. 272 jo. 124 Sv). Op grond daarvan kan hij zonodig bevelen dat de verdachte uit veiligheidsoverwegingen wordt geboeid.⁵⁰ Wij vertrouwen er daarbij op dat hij van die bevoegdheid een verstandig, ‘proportioneel’ gebruik zal maken. De wetgever gaat er dus vanuit dat de rechter op dit punt kan worden vertrouwd. Dat is een vertrouwen dat bevestiging moet vinden in, en getoetst moet worden aan, de praktijk. Anders gezegd: het gaat om een vertrouwen dat alleen in een bepaalde feitelijke, maatschappelijke context gelding heeft.

Twee punten verdienen daarbij aandacht. Het eerste punt is dat het antwoord op de vraag of en in hoe verre op een juiste bevoegdheidsuitoefening door de rechter mag worden vertrouwd, voor een belangrijk deel afhangt van de heersende rechtsopvattingen en rechtsovertuigingen, van de traditie en de cultuur van de rechterlijke organisatie en van de op basis daarvan gegroeide praktijk. In een rechter die groot is gebracht met de pijnbank, kan minder vertrouwen worden gesteld dan in een rechter bij wie art. 6 EVRM met de paplepel is ingegoten. De mate waarin regulering van het strafproces aan de praktijk kan worden overgelaten, wordt met andere woorden bepaald door de stand van de rechtscultuur, dat wil zeggen door het complex van ‘ongeschreven’ normen, waarden, overtuigingen en opvattingen waardoor de rechter zich bij zijn taakuitoefening laat leiden. Dat geldt overigens niet alleen ten aanzien van de rechter. Ook voor de overige actoren in het strafproces – het openbaar ministerie, de advocatuur, de politie – geldt dat de mate waarin hun optreden moet worden gereguleerd door dwingende voorschriften, mede afhankelijk is van het vertrouwen dat in een juiste taak- of rolvervulling kan worden gesteld. En de procescultuur, de ‘vaste’ praktijk, is daarvoor weer in belangrijke mate bepalend.

Het tweede punt is dat verschillend gedacht kan worden over de mate waarin vertrouwen gesteld kan worden in de rechter (of de politie, het openbaar ministerie, de advocatuur). Over de vraag of de praktijk het in de rechter gestelde vertrouwen rechtvaardigt, kunnen de meningen uiteenlopen. Wellicht vindt een deel van de kritiek dat in het project Strafvordering 2001 teveel aan de rechter wordt

50 De opvolger van art. 310 van de Code d’Instruction, art. 173 van het Wetboek van Strafvordering van 1838, bepaalde alleen dat de verdachte vergezeld werd door de bewaarders. Dat hij niet geboeid mocht worden, was dus weggelaten. Dit omdat, zoals De Bosch Kemper schreef, de ondervinding had geleerd dat het boeien van de verdachte ‘soms noodig is, om mishandelingen van den rechter te voorkomen’. Het dwingende procesvoorschrift van art. 310 van de Code bleek dus in de praktijk te star te zijn.

overgelaten, daarin haar verklaring. Daarbij geldt dat een verschil in inschatting over de vraag of een betrekkelijk ruime bevoegdheidstoedeling in de praktijk daadwerkelijk zal leiden tot een zorgvuldige en evenwichtige belangenafweging, niet meer dan een natuurlijk en zelfs gezond verschijnsel is. Vertrouwen kan nooit blind zijn. Wel is het goed voor ogen te houden dat het debat in zoverre geen principieel karakter draagt. Of de regeling in de praktijk werkt zoals zij is bedoeld, leent zich in beginsel voor empirische toetsing. Die toetsing is daarbij noodgedwongen goeddeels een kwestie van *trial and error*. Veel wetgeving komt tot stand als reactie op gebleken misstanden.

Dat de wijze waarop de rechtspleging functioneert mede wordt bepaald door traditie en cultuur, is een feitelijk gegeven dat door de wetgever niet kan worden genegeerd. Hij kan zich zoals wij zagen op de praktijk verlaten, hij kan die praktijk echter ook op zijn weg vinden. De wettelijke regels die hij maakt, kunnen haaks staan op de taakopvattingen van de actoren in het veld. Juist doordat de strafrechtspleging niet alleen door de wet wordt gereguleerd, kan die strafrechtspleging niet enkel met een paar penstreken vanuit Den Haag worden gewijzigd. Een wetgever die de praktijk wil wijzigen, zal zich derhalve moeten afvragen of hij met gedetailleerde voorschriften zijn doel bereikt. (Wettelijke) maatregelen die de procescultuur beïnvloeden, kunnen effectiever zijn. Het gaat daarbij mede om wat in de vorige paragraaf het herscheppen van de processuele situatie is genoemd.⁵¹

Een belangrijk element van de procescultuur is, naast de mate van geneigdheid tot gezagstrouwe wetstoepassing dan wel juist tot rechterlijk activisme, de neiging tot formalisme dan wel juist tot deformalisering. Er bestaat daarbij een wisselwerking tussen de procescultuur en de wijze waarop de wetgever zijn rol invult. Als in de praktijk van de wetstoepassing de letter heerst over de geest van de wet, is de wetgever wel gedwongen tot zeer precies geformuleerde wetgeving, waarin voor alle mogelijk denkbare gevallen een voorziening is getroffen. Als daarentegen de procespraktijk in verre mate is gedeformaliseerd, kan met een veel globalere regeling worden volstaan. De wetgever kan er dan op vertrouwen dat een uitzondering zal worden gemaakt voor die gevallen waarin het door de regel beschermde belang zich daartegen niet verzet. Geformaliseerde procedures kunnen daarbij soms plaats maken voor informeel overleg dat zijn basis vindt in een behoorlijke taakuitoefening.

Een aardig voorbeeld vormt nog altijd de wijziging van de regeling van de sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek in 2000 (Wet herziening gerechtelijk vooronderzoek van 17 mei 1999, Stb. 243). Voor die tijd voorzag de wet in een gedetailleerde regeling, waarin voor zowel het openbaar ministerie als de verdediging voorzien was in de mogelijkheid om binnen een bepaalde termijn heropening te verzoeken en om vervolgens van een afwijzing van dat verzoek in beroep te gaan bij de rechtbank (art. 237-239 Sv-oud). In de praktijk raakte die regeling in onbruik omdat de rechter-commissaris voorafgaande aan de sluiting van het onderzoek overleg pleegde met de procespartijen. Dat informele overleg voorkwam formele procedures na de sluiting. De wettelijke regeling werd vervolgens, op voorstel van de commissie Moons, aan de praktijk aangepast.

51 Dit punt is nader uitgewerkt in G. Knigge, 'Een wetboek van elastiek', *D&D* 2000, p. 222 e.v.

Globale regelgeving versterkt op haar beurt de neiging tot deformalisering. Hoe slordiger de wetgever zijn werk doet – in het vertrouwen dat de rechter de plooiën wel zal glad strijken – hoe meer de rechter wordt uitgenodigd om een brede invulling te geven aan zijn rechtsvormende taak. Datzelfde geldt als de wetgever het eenvoudig laat afweten. Zo ‘dreigde’ de Hoge Raad in HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799 m.nt Sch. met een nadere normering van de kroongetuige als de wetgever niet binnen afzienbare tijd met een regeling zou komen. Een dergelijke jurisprudentiële normering vormt daarbij al snel geldend recht waaraan de wetgever zich gebonden acht. Wetgeving komt kortom tot stand in een krachtenveld waarvan de wetgever deel uitmaakt, maar waaraan hij tegelijk is onderworpen.

Het is hier niet de plaats om het thema van de maatschappelijke context in zijn volle breedte uit te spinnen. Het moge echter duidelijk zijn dat de vraag naar de noodzaak van wetgeving op strafvorderlijk terrein in een ‘primitieve’, traditionele samenleving anders kan worden beantwoord dan in een ‘moderne’, pluriforme en veranderende maatschappij. Een strafrechtspleging die niet wordt gedomineerd door de wet, is in een westerse samenleving ondenkbaar geworden. Illustratief is de ontwikkeling in Engeland, waarin de ‘common law’ meer en meer wordt vastgelegd in, en ten dele verdrongen wordt door, wettenrecht. Alleen al de noodzaak van aanpassing aan de snelle maatschappelijke ontwikkeling maakt dat de wet als ‘instrument van verandering’ niet kan worden gemist. Tegelijk echter vraagt de behoefte om gelijke tred te houden met de maatschappelijke ontwikkeling om flexibel recht, om wettelijke regels die ruimte laten voor een aan de omstandigheden aangepaste toepassing.

Hoe precies de regel moet zijn, hangt – zo overwoog het Europese Hof in het *Sunday Times*-arrest – af van de ‘circumstances’. Tot die ‘circumstances’ behoort ook de juridische en maatschappelijke context waarbinnen de regel moet functioneren. Dat betekent dat de vraag naar de concrete uitwerking van het legaliteitsbeginsel maar zeer ten dele aan de hand van abstracte, algemeen geldende criteria kan worden beantwoord. Wat wel en niet in de wet moet, is voor een deel een uiterst praktische vraag, die in elke situatie opnieuw moet worden gesteld en beantwoord. Het gegeven antwoord staat daarbij telkens ter discussie.⁵²

2.2.7 Legaliteit als ideaal

Het maakt verschil of de vraag hoeveel ruimte het legaliteitsbeginsel laat voor ongeschreven recht, wordt beantwoord vanuit het perspectief van de rechter, dan wel vanuit dat van de wetgever. De Hoge Raad heeft verschillende keren aangegeven dat het creëren van een bepaalde voorziening zijn rechtsvormende taak te buiten gaat. Zo weigerde hij in HR 30 mei 1995, *NJ* 1995, 634 cassatie mogelijk te maken van beslissingen van de Antilliaanse uitleveringsrechter.⁵³ Dat was een zaak voor de wetgever.⁵⁴ Hier van belang is dat de Hoge Raad de grenzen van zijn rechtsvormende taak mede laat afhangen van de stand van de wetgeving. Zo stelde de Hoge Raad in het in de vorige paragraaf al even ter sprake gekomen

52 Vergelijk A.L. Melai, ‘Polariteit en tegenspraak’, in: *Melai, Wetboek van Strafvordering*, aant. 4.3 (slot) en aant. 4.20 (slot).

53 Zie ook HR 6 juli 1999, *NJ* 1999, 702.

54 Vergelijk onder meer HR 4 maart 1994, *NJ* 1994, 475 m.nt. ThW vV; HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 99; HR 27 mei 1997, *NJ* 1997, 577 en HR 6 juli 1999, *NJ* 1999, 800 m.nt. JdH.

HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799 m.nt. Sch dat het op de weg van de wetgever lag om aan de bestaande onzekerheid met betrekking tot de kroongetuige een einde te maken. Hij voegde daar echter aan toe dat niet uitgesloten was dat de afweging bij ‘een eventueel uitblijven van een wettelijke regeling’ anders zou uitvallen.⁵⁵ Het is dus het *in gebreke blijven* van de wetgever die de omvang van de rechtsvormende taak van de rechter mede bepaalt. Reeds daarom kan aan de wijze waarop de rechter zijn taak afbakt, geen beslissende betekenis worden toegekend voor de taak van de wetgever. De vraag hoever de rechter desnoods zou kunnen en mogen gaan, is een andere dan de vraag wat van de wetgever mag worden verwacht. Op zijn best kan uit de desbetreffende jurisprudentie het minimumprogramma van de wetgever worden afgeleid. Wat de rechter echt niet kan, zal in ieder geval door de wetgever moeten worden gedaan.

Vergelijkbare opmerkingen kunnen worden gemaakt met betrekking tot andere kwesties die samenhangen met rechtsvinding en rechtsvorming door de rechter. In HR 2 okt. 2001, *NJ* 2002, 271 beriep de Hoge Raad zich bij zijn strikte uitleg van art. 126 RO mede op de wetsgeschiedenis.⁵⁶ Daaruit leidde hij af dat voor mandatering van de vervolgingsbeslissing aan de politie een ‘specifieke wettelijke grondslag’ vereist is. Hetzelfde geldt voor opsporingsmethoden die inbreuk maken op grondrechten. De systematiek van de Grondwet brengt mee dat inbreuken op de grondrechten moeten berusten op een wet in formele zin. Dat belet de rechter om de bevoegdheid om dergelijke inbreuken te maken, in te lezen in de algemene taakstelling van de opsporingsambtenaar. Die bevoegdheid kan dus niet langs jurisprudentiële weg worden geschapen. Daarvoor is weer een specifieke wettelijke grondslag vereist. De voorbeelden laten zien dat de ruimte die de rechter is gelaten, afhangt van de wet. Uit het feit dat het om grenzen gaat die de *rechter* zijn gesteld, volgt tegelijkertijd dat de wetgever daaraan geen argument kan ontleen om van verdergaande normering af te zien. In het project *Strafvordering 2001* is afstand genomen van de gedachte dat opsporingsmethoden alleen dan regeling in de wet zouden behoeven, als zij inbreuk maken op grondrechten. Betoogd is dat die gedachte leidt tot een minimaal wetgevingsprogramma, dat geen recht doet aan de belangen die bij de opsporing op het spel staan. Zo leveren ook de betrouwbaarheid van de bewijsgaring en de integriteit van het opsporingsapparaat krachtige argumenten op om de opsporing nader bij wet te regelen.⁵⁷

Het legaliteitsbeginsel brengt voor de rechter mee dat hij zich aan de wet moet houden. Wat de wet inhoudt is echter een kwestie van rechtsvinding. Van de wet zelf hangt daarbij weer af welke ruimte de rechter daarbij in het concrete geval is gelaten. Hoe duidelijker de regeling is geformuleerd, en hoe beter zij aansluit bij de maatschappelijke realiteit, en hoe meer zij recht doet aan de achterliggende belangen, hoe kleiner de armslag van de rechter zal zijn. Op het rechtbreiend vermogen van de rechter wordt daarentegen een groot beroep gedaan als de wetgeving verouderd is, innerlijk niet consistent is en op gespannen voet staat met de eisen die mensenrechtenverdragen stellen. Het is dan weer het

55 Vergelijk HR 6 juli 1999, *NJ* 1999, 702, waarin de Hoge Raad de invloed van een op handen zijnde wetwijziging in de overwegingen betreft.

56 Zie ook HR 30 okt. 2001, *NJ* 2002, 272 m.nt. Sch.

57 Zie daarover *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 2, ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’ (G. Knigge & N.J.M. Kwakman), m.n p. 323 e.v.; zie ook hierna, onder 2.4.4.

tekortschieten van de wetgever, die het corrigerend ingrijpen van de rechter rechtvaardigt. En ook hier geldt dat de wetgever aan al dat corrigerenderechtersrecht bezwaarlijk een argument kan ontleen om de wetgeving niet op orde te brengen. Dat leidt tot een minimalisme dat niet past bij hetgeen juist op grond van het legaliteitsbeginsel van de wetgever mag worden verwacht.

Wat mag op grond van het legaliteitsbeginsel van de wetgever worden verwacht? In welk opzicht moet de wet meer bieden dan het minimumprogramma dat voortvloeit uit de beperkingen die aan rechtsvorming door de rechter zijn gesteld? Ter beantwoording van die vraag is het dienstig de kritiek in herinnering te roepen die bij de aanvang van het project Strafvordering 2001 is geleverd op de huidige stand van de wetgeving op strafvorderlijk terrein.

‘De discrepantie tussen (de oorspronkelijke) uitgangspunten en de gewijzigde maatschappelijke werkelijkheid is de afgelopen twintig jaar in hoog tempo groter en voelbaar geworden. Er bleken zich steeds meer ‘knelpunten’ voor te doen, die aanleiding gaven tot partiële herzieningen en corrigerende jurisprudentie, die echter vaak op gespannen voet stonden met het oorspronkelijke wettelijke systeem. Dat heeft sterk afbreuk gedaan aan de inzichtelijkheid van het strafprocesrecht. Het geldende recht moet maar al te vaak door de wetstoepasser gereconstrueerd worden uit een oerwoud van incidentele wettelijke voorzieningen en jurisprudentiële oplossingen, die elkaar voortdurend verdringen en overwoekeren. Dit gebrek aan inzichtelijkheid vergroot de kans op fouten, vergissingen en ontsporingen van het justitiële apparaat.’⁵⁸

Uit deze kritiek blijkt dat in het project Strafvordering 2001 groot gewicht wordt toegekend aan de wet als bron van strafprocesrecht. Die kritiek vormt daarbij als het ware een herbevestiging van het legaliteitsbeginsel en de daarmee sterk verbonden codificatiegedachte. De wet dient een inzichtelijke, systematische en innerlijk consistente regeling te geven van in beginsel de gehele strafvordering opdat fouten, vergissingen en ontsporingen worden vermeden.⁵⁹

Het legaliteitsbeginsel wordt daarbij tot een ideaal dat nooit volkomen gerealiseerd kan worden, maar waarnaar de wetgever wel telkens opnieuw dient te streven. Dat ideaal is *niet* dat alle procesrecht in de wet dient te zijn vastgelegd. Naar hiervoor, onder 2.2.3 bleek, heeft aanvullend jurisprudentierecht een onmisbare en nuttige functie. Het ideaal is wél dat de wetstoepasser in de wet het houvast vindt dat hij nodig heeft om een verantwoord gebruik te maken van de ruimte die hem is gelaten. De belangenafweging die van de wetstoepasser in het concrete geval wordt verwacht, moet bij wijze van spreken voorgestructureerd zijn in het systeem van de wet, dat wil zeggen in de weging van de achterliggende belangen die besloten ligt in het complex van wettelijke regels, criteria, voorwaarden en waarborgen. Dat stelt hoge eisen aan de wet. Die wet moet bij de tijd zijn en dus afgestemd zijn op de maatschappelijke realiteit. De wet moet in haar beginselen en uitwerking een innerlijk consistent geheel vormen. De wet moet een evenwichtige afweging geven van alle belangen die in het geding zijn, en helder en inzichtelijk zijn. De wet moet sporen met de bescherming van de rechten en

58 *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Algemeen Deel (M.S. Groenhuijsen & G. Knigge), p. 1.

59 In gelijke zin Klaas Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding*, Deventer: 1998, p. 202 e.v.

vrijheden van de mens zoals die door Grondwet en verdragen wordt geëist. Een wetboek dat aan al die eisen voldoet, vormt een betrouwbaar kompas voor de wetstoepasseren daarmee ook voor de rechtzoekende. Het volmaakte kompas vormt daarbij het ideaal waarop het streven van de wetgever, ondanks alle falen, telkens weer moet worden gericht.

2.2.8 Enige conclusies

Het rechtszekerheidsbeginsel, het democratiebeginsel en het belang van rechtseenheid leveren sterke argumenten op om het strafprocesrecht bij wet in formele zin te regelen. Dat geldt in het bijzonder ten aanzien van de complexe, pluriforme en aan snelle veranderingen onderhevige westerse maatschappij waarin wij leven. Gemeenschappelijke waarden en in tradities vastgelegde procedures schieten dan als reguleringsmechanismen hopeloos tekort. De snelle maatschappelijke veranderingen vragen telkens om organisatorische en procedurele aanpassingen die alleen door middel van wetgeving tijdig tot stand kunnen worden gebracht. Het primaat komt daardoor welhaast vanzelf bij de wetgever te liggen.

Buitenwettelijk strafprocesrecht is daarmee niet in de ban gedaan. Aanvullende normering door middel van jurisprudentie, algemene maatregelen van bestuur en beleidsregels behoeft geen afbreuk te doen aan de rechtszekerheid, de rechtseenheid en het democratisch gehalte van het recht. Vanuit een oogpunt van rechtsbescherming is dergelijke aanvullende normering zelfs onontbeerlijk. De proportionaliteit en de subsidiariteit van het overheidsoptreden kan alleen worden gewaarborgd als de wettelijke regels de autoriteiten in het concrete geval voldoende speelruimte laten om recht te doen aan de verschillende belangen. De rechtszekerheid vraagt daarbij om de nadere precisering van de flexibele wettelijke regel in jurisprudentie en beleid. Met betrekking tot het verdragsrecht – en de daarop gebaseerde jurisprudentie – geldt voorts dat ook daarmee de rechtsbescherming is gediend. De bevoegdheid van de rechter om de wet aan het verdrag te toetsen, zorgt voor een machtsevenwicht dat de individuele burger bescherming biedt tegen een al te voortvarende wetgever.

Het naast elkaar bestaan van verschillende rechtsbronnen schept voor de wetgever, juist vanwege het primaat dat hem toekomt, een bijzondere verantwoordelijkheid. De wet dient aan de ene kant flexibel te zijn, maar aan de andere kant ook voldoende richtinggevend. De wetstoepasser moet daarin voldoende houvast vinden om de belangen in het concrete geval op een behoorlijke wijze tegen elkaar af te kunnen wegen. Dat vraagt om een wetboek waarin het strafprocesrecht op een systematische en consistente wijze is geregeld. De eis van consistentie heeft daarbij niet alleen betrekking op de interne samenhang binnen het wetboek, maar ook op de samenhang met het buitenwettelijk strafprocesrecht. De vraag voor de wetgever is niet of rechtspreken *contra legem* is toegestaan, maar hoe valt te voorkomen dat de rechter zich genoodzaakt ziet om van de wet af te wijken. Dat betekent dat de wetgever er voor dient te waken dat de wet overeenstemt met de doeleinden, uitgangspunten en beginselen van het strafprocesrecht, en meer in het bijzonder met de bescherming die de burger op grond van de Grondwet en de mensenrechtenverdragen toekomt. Dat betekent ook dat de wetgever er voor dient te waken dat de wet bij de tijd blijft, zodat de concrete uitwerking die daarin aan de doeleinden, uitgangspunten en grondbeginselen is gegeven, strookt met

de veranderde maatschappelijke realiteit. Strafvorderlijke legaliteit vertegenwoordigt zogezien een ideaal waarnaar de wetgever dient te streven.

Hoe ‘precies’ de wet moet zijn, hangt – om met het Europese Hof voor de Rechten van de Mens te spreken – af van de ‘particular subject-matter’ en van de ‘circumstances’. Wat de ‘subject-matter’ betreft, is van belang dat het strafprocesrecht – als procedure-recht – in sterke mate een waarborgkarakter heeft. De binding van de overheid aan de wet dient vooral het voorkomen van willekeurige (dat wil zeggen eigenmachtige en niet gerechtvaardigde) inbreuken op de rechten en vrijheden van burgers. Strafvorderlijke legaliteit wordt dan ook gedomineerd door de rechtsbescherming. Dat betekent dat het antwoord op de vraag of de wettelijke regeling voldoende nauwkeurig is, in belangrijke mate afhangt van een andere vraag, namelijk of een behoorlijke taakuitoefening door de autoriteiten in voldoende mate is gewaarborgd. Het houvast dat de wet de wetstoepasser biedt, is daarbij een belangrijke, maar niet de enige factor. Minstens zo belangrijk zijn de waarborgen die gelegen zijn in de procedurele context. Zij kunnen een gebrek aan precieze wettelijke criteria tot op zekere hoogte compenseren.

Tot de ‘circumstances’ die bepalend zijn voor de aan de wet te stellen eisen, moet ook de juridische en maatschappelijke context gerekend worden. Dat maakt dat de vraag of en in hoeverre een bepaald onderwerp regeling in de wet dient te vinden, niet aan de hand van abstracte, theoretische criteria kan worden beantwoord. Dat betekent dat de keuze die bij de start van het project Strafvordering 2001 is gemaakt – namelijk om die vraag al ‘werkende weg’ te beantwoorden – ook achteraf gezien een juiste is geweest.

Juist omdat het antwoord op de vraag of er voldoende waarborgen zijn tegen willekeur mede afhangt van de realiteit zoals die zich in de praktijk van de strafrechtspleging openbaart, kan over dat antwoord van mening worden verschillend. Zo zal niet ieder de mate waarin op de rechter kan worden vertrouwd, even hoog inschatten. Het is uiteraard legitiem om op die grond kritiek te leveren op in het project gedane voorstellen. Wel zij opgemerkt dat dergelijke kritiek betrekking heeft op de empirie, op het realiteitsgehalte van bepaalde voorstellen, en niet op het legaliteitsconcept als zodanig.

2.3 *Rechtsbescherming en beschermd belang*

2.3.1 *Beschermde belangen als doelen van het strafprocesrecht*

Door een aantal schrijvers wordt de rechtsbescherming het belangrijkste doel van het strafprocesrecht genoemd. Dat is niet direct een onjuiste voorstelling van zaken. Wel moet voor ogen worden gehouden dat die voorstelling van zaken zich afzet tegen een situatie waarin recht ontbreekt. Tegenover de absolute almacht van de vorst plaatst men het (straf)recht. Dat recht heeft dan inderdaad als belangrijkste doel om de uitoefening van de strafmacht door de overheid aan regels te binden, en zo de burger te beschermen tegen willekeurige machtsuitoefening. Men vindt deze benadering bijvoorbeeld bij Reijntjes in zijn bewerking van het boek van Minkenhof. Het doel van het strafrecht is zijns inziens niet in de eerste plaats het verzekeren van een efficiënte toepassing van de strafwet: ‘Een almachtige staat heeft daar geen wetten voor nodig. De essentie van het strafprocesrecht ligt juist

in de bescherming van de burger tegen (onjuist gebruik van) de staatsmacht bij de toepassing van het strafrecht.’⁶⁰

In het Eerste interimrapport is een andere benadering gevolgd, een benadering waarin niet de absolute, aan geen regel onderworpen macht van de staat tot uitgangspunt van denken is genomen, maar juist de *rule of law*, de onderworpenheid van de overheid aan het recht. In die benadering heeft de overheid voor het uitoefenen van strafmacht juist wél wetten nodig. ‘Uitgaande van de gelding van de *rule of law*’, zo wordt gesteld, ‘is van een absolute macht van de overheid die ingeperkt moet worden, juist geen sprake. Aan die overheid komt rechte[n] juist niet de *vrijheid* toe om inbreuk te maken op burgerrechten. De *bevoegdheid* om dat te doen moet eerst door het straf(proces)recht worden toegekend.’ In die benadering is het ‘minder zuiver’ om rechtsbescherming te zien als het doel van het straf(proces)recht: ‘Dat straf(proces)recht kan zijn bestaansrecht moeilijk ontleenen aan het feit dat het beschermt tegen de bevoegdheden die het zelf toekent. Rechtsbescherming is in deze visie geen (hoofd)doel van het strafprocesrecht, maar inherent aan het *rechts* karakter daarvan.’⁶¹

De beide benaderingen liggen goed beschouwd eerder in elkaars verlengde dan dat ze met elkaar conflicteren. In de eerste benadering wordt het belang van de *rule of law* onderstreept, in de tweede wordt de gelding van die *rule of law* tot vanzelfsprekend uitgangspunt van denken genomen. Het is in elk geval niet zo dat in de tweede benadering minder gewicht aan de rechtsbescherming wordt toegekend dan in de eerste. In het Eerste interimrapport wordt uitdrukkelijk voorop gesteld dan inperking van de absolute macht van de vorst *feitelijk* (en historisch) de belangrijkste *functie* van zowel het materiële als het formele strafrecht is. De rechtsbescherming wordt door Reijntjes de ‘essentie’ van het strafprocesrecht genoemd, terwijl zij volgens de onderzoeksgroep ‘inherent’ is aan dat recht. Of die rechtsbescherming nu wel of geen doel van het strafprocesrecht is, is zagezien vooral een kwestie van woorden. Het verschil in terminologie vindt zijn verklaring in een verschil in vertrekpunt. In het door de onderzoeksgroep gekozen vertrekpunt (de gelding van de *rule of law*) kan bezwaarlijk een onderwaardering van de rechtsbescherming worden gelezen.

Dat is kennelijk niet voor iedereen duidelijk. In de bundel van het Rotterdamse congres ‘Strafvordering 2001 ter discussie’ schrijven Brants, Mevis, Prakken en Reijntjes over de benadering van de onderzoeksgroep: ‘Kennelijk wil men zeggen: historisch is het strafproces dan misschien wel ontstaan ter bescherming van de burger tegen de overheid, maar inmiddels is dat allemaal anders. De *rule of law* (...) heeft aan de almacht van de overheid een einde gemaakt en bescherming is niet meer nodig.’⁶² Dat is bepaald niet wat de onderzoeksgroep wilde beweren, en het is ons eerlijk gezegd een raadsel hoe men de bedoelde passage zo kan misverstaan. De schrijvers stellen dat het feit dan ‘de overheid niet meer mag, tenzij de wet dat

60 A. Minkenhof, *De Nederlandse Strafvordering*, bewerkt door J.M. Reijntjes, 9^e druk, Deventer: Kluwer 2002, p. 1.

61 *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Algemeen Deel (M.S. Groenhuijsen & G. Knigge), p. 16.

62 C.H. Brants, P.A.M. Mevis, E. Prakken & J.M. Reijntjes, ‘Op zoek naar grondslagen’ in de door hen geredigeerde bundel *Op zoek naar grondslagen, Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 4.

toelaat',⁶³ geen reden kan zijn 'om de wettelijke grenzen maar te laten vallen. Daarmee verdwijnt immers terstond de rechtsstaat zelf'. Zij hebben daarin volkomen gelijk, maar de onderzoeksgroep beweert nergens – en zeker niet in de bekritiseerde passage – dat de wettelijke grenzen maar moeten vervallen. Zij kan alleen maar onderschrijven wat de auteurs vervolgensponeren: 'De rechtsstaat *is* bescherming en het legaliteitsbeginsel vormt de kern van het (beschermende) straf(proces)recht'. Even verder heet het: 'Materieel en formeel strafrecht tezamen reguleren het straffen, ter bescherming tegen ongerechtvaardigde bestraffing. Juist daaraan ontleent het strafrecht zijn *rechts* karakter.' Is dat niet precies wat de onderzoeksgroep in de bekritiseerde passage stelt?⁶⁴

Er is al met al weinig reden om de beide benaderingen tegen elkaar uit te spelen als het om het belang van de rechtsbescherming gaat. Als voordeel van de eerste benadering kan gelden dat zij het verband tussen het straf(proces)recht en de rechtsstaatgedachte duidelijk in beeld brengt. Een nadeel ervan is evenwel dat dit verband niet specifiek is voor het strafrecht. Het hele terrein van het publiekrecht wordt beheerst door de *rule of law*. Zo geldt ook voor de belastingheffing en voor de bewaring en uitzetting van vreemdelingen dat het recht de burger moet beschermen tegen willekeurige machtsuitoefening door de overheid. Zogezien is met de stelling dat rechtsbescherming het doel is van het straf(proces)recht niets bijzonders gezegd. Die stelling gaat voor het gehele publiekrecht op.

Juist omdat de stelling zo algemeen geldig is, schiet men daarmee weinig op als het gaat om de specifieke vraag *wie* en *wat* door het strafprocesrecht wordt beschermd. Gaat het alleen om de rechten van de verdachte burger, of bijvoorbeeld ook om de rechten van slachtoffers en getuigen? En voorzover het om de bescherming van verdachten gaat, hoe ver gaat die bescherming dan? Welke belangen van de verdachte burger vinden in het strafrecht bescherming? Het antwoord op die vragen kan niet voortvloeien uit het centraal stellen van de rechtsbescherming als doel van het materiële en formele strafrecht. Als dat wordt miskend, dreigt al snel een onaanvaardbare versimpeling. Rechtsbescherming dreigt dan namelijk stilzwijgend gelijkgesteld te worden aan de bescherming van de verdachte. Alles wat goed is voor de verdachte, heet dan in overeenstemming te zijn met het hoogste doel van het straf(proces)recht, de rechtsbescherming. Maar net zomin als het doel van het belastingrecht kan zijn dat de burger geen belasting betaalt, kan het doel van het strafrecht zijn dat geen burger wordt gestraft. Het particuliere belang van de verdachte is uiteraard vrijwel steeds dat hij van bestraffing verschoond blijft. Dat particuliere belang echter wordt door het strafrecht niet beschermd. Daarom klemmt de vraag welke belangen dan wel worden beschermd.

Om de vraag naar de beschermde belangen te kunnen beantwoorden, moet een volgende stap worden gezet. In de in het Eerste interimrapport gevolgde benadering is getracht concreet invulling te geven aan de gedachte dat het strafprocesrecht rechtsbescherming moet bieden. Het uitgangspunt, de gelding van de *rule of law*,

63 De schrijvers laten daar 'dat deze stelling, zo absoluut geformuleerd, in het huidige recht geen grondslag vindt'. Die absolute formulering is echter van de hand van de schrijvers zelf, en komt in het onderzoeksrapport niet voor.

64 Opmerkelijk is dat de schrijvers onvolledig citeren, en weglaten wat over het rechtskarakter van het strafprocesrecht wordt gesteld.

brengt daarbij mee dat strafrechtelijk overheidsoptreden niet als een natuurnoodzakelijk gegeven kan worden beschouwd. Concretisering van de rechtsbeschermingsgedachte vergt juist, dat de vraag naar de *legitimate aim* van dat optreden wordt gesteld en beantwoord. Die concretisering vergt ook dat een antwoord wordt gegeven op de vraag naar de noodzakelijkheid van dat optreden in een democratische samenleving. In die benadering verbreedt zich het perspectief. Want de inbreuk die vervolging en bestraffing op de rechten en vrijheden van burgers maken, kan alleen maar gerechtvaardigd worden als met dat overheidsoptreden respectabele, beschermenswaardige belangen zijn gemoeid. Rechtsbescherming wordt dan dus juist niet verengd tot bescherming van de verdachte.

In het eerste interimrapport is getracht de belangen die door het strafprocesrecht beschermd moeten worden, in kaart te brengen. Die belangen zijn daarbij als de doelen van dat recht geformuleerd. Tot die doelen behoort ook de bescherming van slachtoffers en getuigen. Ook aan het overheidsoptreden zelf is een doel, een *legitimate aim*, toegekend. Deze benadering resulteert dus in een veelheid van doelen, van te beschermen belangen. Dat roept als vanzelf de vraag op naar het onderlinge gewicht van die belangen. De gevolgde benadering vraag kortom om een afweging van belangen.

2.3.2 Onderwaardering van de belangen van de verdachte?

Misschien wringt daar wel de schoen. Onder de oppervlakte van de discussie over de invulling die in het project Strafvordering 2001 aan het legaliteitsbeginsel is gegeven, lijken andere discussies te woeden.⁶⁵ Het echte verschil van mening kon wel eens betrekking hebben op de vraag naar de te beschermen belangen. Wie van mening is dat in het strafprocesrecht alleen de belangen van de verdachte worden beschermd – of althans dat in geval van conflicterende belangen de belangen van de verdachte steeds of in de regel voorrang hebben boven andere, ‘instrumentele’ belangen – zal moeite hebben met een wettelijke regeling die ruimte laat voor afweging. Wie meent dat het strafprocesrecht *alle* belangen van de verdachte beschermt, zal zich verzetten tegen elke vorm van toetsing van de uitoefening van verdedigingsrechten aan het door die rechten beschermde belang. Wat in het belang van de verdachte is, kan dan immers alleen de verdachte zelf uitmaken.

Opvallend is dat de kritiek op het in het project Strafvordering 2001 gehanteerde legaliteitsconcept zich niet richt op de beleidsvrijheid die de officier van justitie heeft bij het nemen van zijn vervolgingsbeslissing, en ook niet op de enorme vrijheid die de rechter heeft om bij de straftoemeting met alle belangen rekening te houden. De kritiek richt zich ook niet op de toetsing van het overheidsoptreden aan ongeschreven beginselen, noch op de in de jurisprudentie gecreëerde, buitenwettelijke gronden waarop het openbaar ministerie niet-ontvankelijk kan worden verklaard. Hetzelfde geldt voor de introductie in de jurisprudentie van essentiële nietigheden. De bezwaren richten zich zogezien niet tegen een grote beoordelingsvrijheid, aanvullend jurisprudentierecht en deformalisering *als zodanig*. De bezwaren lijken zich

65 Vergelijk de bijdrage van G. Knigge aan het slotcongres van het project Strafvordering 2001, ‘Een leerzame geschiedenis; over de legaliteit in ons strafproces’, *D&D* 2003, met name p. 705 e.v.

uitsluitend te richten op die vormen van belangenafweging en deformalisering die nadelig voor de verdachte kunnen uitpakken. De kritiek richt zich op de relativisering van de wettelijke nietigheden, op de genuanceerde wijze waarop onregelmatigheden in het opsporingsonderzoek worden gesanctioneerd, en op redelijke belangenafweging bij de beoordeling van verzoeken van de verdediging, bijvoorbeeld met betrekking tot het horen van getuigen.

Rechtsbescherming mag niet vereenzelvigd worden met de bescherming van de belangen van de verdachte. Steun voor die stelling werd in het Eerste interimrapport gevonden in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Zo werd gewezen op het Doorson-arrest (EHRM 26 maart 1996, NJ 1996, 741), waarin het EHRM stelde dat uit de eis van een fair hearing zelf voortvloeit dat rekening wordt gehouden met de belangen van slachtoffers en getuigen. Gewezen werd ook op het feit dat het belang van een effectieve wetshandhaving als rechtsbescherming kan worden geduid. Het Europese Hof baseert immers op onder meer de art. 2 en 8 EVRM een positieve verplichting van de Staat om burgers door middel van het strafrecht effectief te beschermen tegen de misdaden van hun medeburgers. Het verdisconteren van deze Straatsburgse eisen in de doelen van het strafprocesrecht kan moeilijk gediskwalificeerd worden als een gebrek aan aandacht voor de eisen van de rechtsstaat.

Iets anders is dat een theoretisch model dat ruimte biedt aan een veelheid van beschermingswaardige belangen, niet zonder gevaren is. De vraag is immers welke belangen in geval van conflict het zwaarst moeten wegen. Daarover kan verschillend worden gedacht. Het gevaar is dan niet denkbeeldig dat het verdedigingsbelang wordt ondergewaardeerd en ondergeschikt gemaakt aan het belang van de criminaliteitsbestrijding. De kritiek op het gehanteerde legaliteitsconcept lijkt althans voor een deel door de vrees voor dat gevaar te zijn ingegeven.

Zo schrijven Brants, Mevis, Prakken en Reijntjes dat het doel van het strafprocesrecht om de bestraffing van onschuldigen te voorkomen in de benadering van Strafvordering 2001 niet op de eerste plaats komt, maar op een plaats 'die op zijn hoogst van gelijke orde als dat andere doel: de bestraffing van allen die tegen de materiële wet gezondigd hebben'. De onderzoeksgroep zou zo de regel: beter tien schuldigen op vrije voeten, dan één onschuldige in de cel, terugbrengen 'tot een één op één verhouding, waarbij één schuldige op vrije voeten even erg is als een onschuldige in de cel'. De onderzoeksgroep wordt op basis daarvan 'instrumentalisme' in de schoenen geschoven, waarbij rechtsbescherming 'ondergeschikt' wordt gemaakt aan de criminaliteitsbestrijding.⁶⁶ De schrijvers menen voorts dat het 'profiëren van getuigen, slachtoffers en verdachte als gelijkwaardige deelnemers aan het strafproces, (...) veel te ver (gaat)', waarmee zij kennelijk bedoelen te zeggen dat de belangen van deze procesdeelnemers niet van gelijk gewicht mogen worden geacht.⁶⁷ Het gevaar voor onderwaardering van het verdedigingsbelang van de verdachte wordt daarbij in direct verband gebracht met de grote vrijheid die de onderzoeksgroep aan de rechter zou toekennen om alle belangen in het concrete geval tegen elkaar af te wegen. De door de onderzoeksgroep voorgestane deformalisering zien zij daarbij als als het vrijwel geheel overboord gooien van procedureregels. 'Wij vrezen dat minimalisering van vormvoorschriften, juist in (conflict)situaties waarin de rechten van de verdachte er het meest toe doen, zal leiden tot de minimalisering van die rechten.' Tegenover

66 A.w., p. 5.

67 Idem, p. 8.

de onder druk van de publieke opinie opererende rechter plaatsen zij de wetgever, en de bescherming die de verdachte aan de door hem vastgestelde regels kan ontnemen. 'Het zijn juist de formele waarborgen die de positie van de verdachte verankeren. Wanneer alleen redelijkheid en billijkheid richtsnoer zijn, is hij tegen de onredelijke en onbillijke rechter zonder verweer.'⁶⁸

Wij menen dat de kritiek niet terecht is, vooral omdat die zich keert tegen denkbeelden die niet de onze zijn. In het vertekende beeld dat wordt gegeven van de standpunten van de onderzoeksgroep, kunnen wij ons niet herkennen.

Zo wordt in het Eerste interimrapport expliciet gesteld dat het voorkomen van de bestraffing van onschuldigen (aangeduid als de tweede sub-doelstelling) voorrang heeft boven de bestraffing van schuldigen (de eerste sub-doelstelling): 'Er wordt terecht vanuit gegaan dat de verdachte het voordeel van de twijfel dient te krijgen, hetgeen wil zeggen dat in twijfelgevallen de tweede sub-doelstelling zwaarder weegt dan de eerste. Liever een werkelijk schuldige die vrijuit gaat dan een onschuldige die ten onrechte wordt veroordeeld.'⁶⁹

Voorts wordt ook al in het Eerste interimrapport herhaaldelijk benadrukt dat aan de eisen van art. 6 EVRM onverkort moet worden vastgehouden, dat in alle gevallen voor een veroordeling vereist is dat voldoende zekerheid bestaat omtrent de schuld van de verdachte en dat de waarborgen op dat punt juist dienen toe te nemen als het feit ernstiger is (en de druk van de publieke opinie als regel groter is).⁷⁰

Wij willen evenwel niet uitsluiten dat het kennelijke misverstand mede aan onze eigen presentatie is te wijten. Wellicht is te veel als vanzelfsprekend voorondersteld en daarom ongezegd gebleven. In elk geval achten wij de zorg die uit de kritiek spreekt voor een dreigende onderwaarding van het verdedigingsbelang, begrijpelijk. Een en ander vormt aanleiding om ons standpunt te verduidelijken.

Ons standpunt is bepaald niet dat alle belangen die in het strafprocesrecht bescherming verdienen van gelijk gewicht zijn en onderling verwisselbaar zijn. Ook is het niet zo dat wij de rechter volkomen vrij willen laten bij de belangenafweging in het concrete geval. Zoals hiervoor, onder 2.2.7, is betoogd moet die belangenafweging 'voorgestructureerd zijn in het systeem van de wet, dat wil zeggen in de weging van de achterliggende belangen die besloten ligt in het complex van wettelijke regels, criteria, voorwaarden en waarborgen'. Een proces zonder procedureregels is dus niet wat ons voor ogen staat.⁷¹ De regels moeten de wetstoepasser weliswaar speelruimte laten, maar bij het benutten van die ruimte moet de wetstoepasser zich oriënteren op de wet. Vrij wordt de wetstoepasser dus niet gelaten. De oriëntatie op de belangenafweging die in de wet besloten ligt, impliceert daarbij dat de belangen van ongelijk gewicht zijn. Hoe zwaar de relevante belangen in de concrete situatie ten opzichte van elkaar wegen, blijkt uit de toepasselijke wettelijke regeling.

Met de vaststelling dat het de wetgever is die de belangen moet afwegen, en dat de rechter zich daarop moet oriënteren, is de kous natuurlijk niet af. In het

68 Idem, p. 8 en p. 5.

69 Eerste interimrapport, p. 19.

70 Idem, onder meer p. 18, 21, 23 en 25.

71 Zie daarover nader de bijdrage van G. Knigge aan het slotcongres, a.w., p. 703 e.v. Vergelijk ook hetgeen hierna, onder 2.5.2, over de nietigheden wordt gesteld.

project Strafvordering 2001, dat zich richt op de totstandkoming van een nieuw wetboek, zal de belangenafweging die van de wetgever wordt verwacht, zelf gestalte moeten krijgen. Het is in de eerste plaats met het oog op het tot stand brengen van wetgeving (en dus niet alleen ten behoeve van rechterlijke belangenafweging) dat in het Eerste interimrapport de belangen zijn benoemd die in het strafprocesrecht bescherming verdienen. Dat geldt ook met betrekking tot de belangen van de verdachte. De in het Eerste interimrapport betrokken stelling dat de rechten van de verdediging geen autonome grootheid vormen, 'maar gerelateerd (zijn) aan het doel van het strafproces, meer in het bijzonder het voorkomen van bestrafing van onschuldigen', is dan ook niet alleen van betekenis voor de vraag of misbruik of oneigenlijk gebruik van verdedigingsrechten mogelijk is.⁷² Het onderscheid tussen het particuliere belang van de verdachte en het verdedigingsbelang is primair van belang voor de inrichting van de wetgeving, voor de vraag of aan de verdachte rechten moeten worden toegekend en voor de vraag aan welke grenzen en beperkingen die rechten kunnen worden onderworpen. Als het de wetgever is die de belangen moet afwegen, zal toch aangegeven moeten worden welke belangen bescherming verdienen en waarom. Wie meent dat geen onderscheid gemaakt kan worden in rechtens relevante en rechtens niet relevante belangen van de verdachte, wie zoals Prakken meent dat een dergelijk onderscheid 'veel te gekunsteld' is, die heeft ook geen enkel criterium om te beoordelen of een bepaalde beperking van de verdedigingsrechten door de wetgever door de beugel kan of niet.⁷³ In het Eerste interimrapport wordt wél een poging ondernomen om een dergelijk criterium te formuleren. De vraag waarop het aankomt, is volgens dat rapport of de inperking 'wezenlijk afbreuk doet aan het verdedigingsbelang. De eigenlijke vraag is met andere woorden of daardoor het risico dat een onschuldige wordt gestraft op onaanvaardbare wijze wordt vergroot'.⁷⁴

Erkend moet worden dat deze formulering niet in alle opzichten even gelukkig is geweest. De bedoeling is zeker niet geweest om het verdedigingsbelang te beperken tot het belang dat niemand onschuldig wordt gestraft. Maar ook de inperking van de beschermenswaardige belangen van de verdachte tot het verdedigingsbelang is minder juist. Het is vooral op dat punt dat het standpunt van de onderzoeksgroep verduidelijking en aanvulling behoeft. In het navolgende zal daartoe een poging worden ondernomen.

2.3.3 Het verdedigingsbelang als hoofddoel

In het Eerste interimrapport wordt het uiteindelijke doel van het strafprocesrecht omschreven als het bevorderen dat de overheidsreactie op een vermoedelijk

72 Eerste interimrapport, p. 24. Toegegeven moet worden dat daarop inde desbetreffende passage wel sterk het accent wordt gelegd.

73 Zie de bijdrage van E. Prakken aan het slotcongres, 'Over Strafvordering 2001, een voorlopige balans', *D&D* 2003, p. 735. Prakken spitst haar betoog daarbij toe op de vraag welke belangen van de verdachte deraadsman mag behartigen. Volgens haar vindt het optreden van de raadsman alleen een grens in de gedragsregels en de wet. Aan die wet moet de raadsman zich als vanzelfsprekend houden. Maar welke grenzen de wet mag trekken, daarover biedt haar benadering geen houvast.

74 Eerste interimrapport, p. 24.

gepleegd strafbaar feit in alle opzichten adequaat is.⁷⁵ Dat is een rijkelijk vage formule, die alle subdoelen overkoepelt en die plaats biedt aan alle belangen die in het strafprocesrecht bescherming verdienen. Daarmee is uiteraard niet gezegd dat al die belangen onderling inwisselbaar of van gelijk gewicht zijn. De gebezigde formule vormt de afsluiting van een betoog waarin als hoofddoel van het strafproces wordt aangewezen het verzekeren van een juiste toepassing van het abstracte materiële recht, en waarin wordt aangegeven hoe de verschillende belangen zich tot dat hoofddoel verhouden. Daarmee is reeds een zekere rangschikking van belangen gegeven.

Het hoofddoel wordt in het Eerste interimrapport als tweeledig gekarakteriseerd. Het doel is enerzijds het bewerkstelligen dat de schuldigen worden gestraft, en anderzijds het voorkomen van de bestraffing van onschuldigen. Daarmee wordt de kern geraakt, maar tegelijk niet het hele verhaal verteld. In het Eerste interimrapport wordt daaraan onmiddellijk toegevoegd dat realisering van het materiële strafrecht mede het bevorderen van een juiste vervolgingen straftoemeting omvat. Toch is ook met die aanvulling sprake van een wat schrale weergave van de verhouding van het strafprocesrecht tot het materiële recht. Zo vindt bijvoorbeeld de aandacht die in de strafvordering moet uitgaan naar de belangen van de slachtoffers direct of indirect een basis in het materiële strafrecht. Direct, omdat dat materiële recht de oplegging van sancties ten behoeve van het slachtoffer (zoals de schadevergoedingsmaatregel) mogelijk maakt. Een juiste toepassing van het materiële recht brengt dus mee dat de belangen van het slachtoffer in de straftoemeting worden verdisconteerd. Indirect, omdat de strafbaarstellingen in het materiële strafrecht de belangen van (potentiële) slachtoffers beogen te beschermen. Dat geeft slachtoffers niet alleen een (in art. 12 Sv erkend) belang bij vervolgingen en bestraffing, maar ook een aanspraak op correcte bejegening. In het verlengde van het voorkomen van primaire victimisatie ligt namelijk het voorkomen van secundaire victimisatie. De belangen die in het materiële recht erkenning hebben gevonden, werken dus door in het strafprocesrecht.

Soortgelijke opmerkingen kunnen worden gemaakt met betrekking tot de bescherming van de belangen van de verdachte. Het materiële strafrecht beoogt alle burgers (dus ook verdachten) te beschermen tegen aantasting van onder meer hun leven, hun lichamelijke integriteit, hun vrijheid en hun vermogen. De rechten van de verdachte op leven, lichamelijke integriteit, vrijheid en ongestoord bezit worden dus door het materiële recht beschermd, ook tegenover de overheid. Zo levert de toepassing van dwangmiddelen zonder wettelijke basis al snel een strafbaar feit op, waarvoor de betrokken overheidsfunctionarissen strafrechtelijk kunnen worden vervolgd. Hetzelfde geldt in het hopelijk wat theoretische geval waarin de overheid zonder de wettelijk voorgeschreven vorm van proces tot 'afstraffing' van de beweerdelijke daders zou overgaan.

De bescherming van de rechten en vrijheden van de verdachte tegenover de overheid vindt dus een directe basis in het materiële strafrecht. Aantasting van

75 Eerste interimrapport, p. 16. De omschrijving is achteraf gezien niet volledig dekkend, omdat in het Tweede interimrapport is gekozen voor een ruim opsporingsbegrip (Zie G. Knigge & N.J.M. Kwakman, 'Het opsporingsbelang en de normering van de opsporingstaak', in: *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 2, met name p. 338). Het gaat daardoor in het strafprocesrecht om meer dan alleen een *reactie* op een vermoedelijk gepleegd strafbaar feit.

die rechten is onaanvaardbaar, tenzij daarvoor een rechtvaardiging voorhanden is. Die gedachte werkt door in het strafprocesrecht. De bestraffing van schuldigen vormt de uitzondering in een systeem van rechtsbescherming dat tot primair doel heeft burgers tegen aantasting van hun rechten en vrijheden te beschermen. Daarom moet het voorkomen van bestraffing van onschuldigen zwaarder wegen dan het straffen van schuldigen. Het bestaan van de uitzondering moet buiten redelijke twijfel zijn. Anders zou het strafrecht met zichzelf in de knoop komen. Het zou de rechtsgoederen die het bedoelt te beschermen, aantasten zonder dat daarvoor een goede reden bestaat.

Dit standpunt, dat als gezegd reeds in het Eerste interimrapport werd betrokken, vindt steun in de tekst van art. 1 Sr. Dat *geen feit wordt bestraft* zonder voorafgegane strafbepaling, drukt uit dat de bescherming tegen ongerechtvaardigde bestraffing voorop staat. Dat past bij de functie die het strafrecht in een rechtsstaat moet vervullen. De bescherming van de burger tegen de overheid is, als het erop aankomt, belangrijker dan de bescherming tegen medeburgers.

Hoewel dus de bescherming van de rechten en vrijheden die het materiële recht de verdachte biedt, doorwerkt in het strafprocesrecht, is het minder juist het verdedigingsbelang daarmee te vereenzelvigen. Dat komt doordat noch het materiële recht noch het formele recht die rechten en vrijheden absoluut beschermt. Het materiële recht rechtvaardigt immers in bepaalde gevallen ook (doordat het aanstuurt op de bestraffing van schuldigen) de aantasting van die rechten. Ook het formele recht legitimeert onder omstandigheden een aantasting van de burgerlijke vrijheden doordat het de toepassing van dwangmiddelen mogelijk maakt. Het tegengaan van *elke* aantasting van die vrijheden, kan dus geen publiek belang zijn dat beschermd moet worden door het scheppen van waarborgen en het toekennen van rechten aan de verdachte. De verdachte moet beschermd worden tegen een ongerechtvaardigde, *willekeurige* aantasting van zijn rechten. Dat is het verdedigingsbelang dat in de toekenning van verdedigingsrechten bescherming vindt.

Dit verdedigingsbelang is ruimer dan het belang dat geen onschuldigen worden gestraft. De bestraffing van onschuldigen is het meest schrijnende geval van willekeurige strafmachtsuitoefening, maar niet het enige. Er zijn in het strafproces nogal wat handelingen en beslissingen die de rechtspositie van de (verdachte) burger raken. Al die handelingen en beslissingen kunnen niet gerechtvaardigd, niet in overeenstemming met het recht en daarmee willekeurig zijn. Het verdedigingsbelang is dus ook dat geen gebruik wordt gemaakt van onrechtmatig verkregen bewijs in die gevallen waarin het (nationale) recht dat verbiedt. Het verdedigingsbelang is voorts ook dat de verdachte niet zonder goede gronden in voorarrest wordt genomen, of dat zijn woning niet lichtvaardig wordt doorzocht. De bijstand van een raadsman bij de toepassing van deze dwangmiddelen (zie onder meer de art. 63 lid 4 en 99a Sv) vindt dus grond in het verdedigingsbelang.⁷⁶

76 Het verdedigingsbelang wordt ingekleurd door de rechten en vrijheden die in de concrete processuele situatie voor de burger op het spel staan. Zo is het verdedigingsbelang in geval van dreigend voorarrest vooral de voorkoming van willekeurige vrijheidsbeneming, terwijl het verdedigingsbelang tijdens de behandeling ter zitting vooral de voorkoming van willekeurige bestraffing is. In geval van art. 99a Sv heeft het verdedigingsbelang een gemengd karakter. Het gaat zowel om de voorkoming van willekeurige doorzoeking en inbeslagneming, als om de verdediging tegen de gerezen verdenking zelf. 'Het' verdedigingsbelang als abstracte grootheid bestaat dus eigenlijk niet. Er is sprake van een veelheid van, per situatie te

Hoewel het verdedigingsbelang niet vereenzelvigd moet worden met de primaire belangen zoals die onder meer in het materiële strafrecht bescherming vinden, is het verdedigingsbelang daaraan wel gekoppeld. Dat betekent dat het verdedigingsbelang toeneemt naarmate voor de burger meer op het spel staat, naarmate de dreigende aantasting van zijn burgerlijke vrijheden ingrijpender is. Dat betekent weer dat, bij alle belangenafweging die de wetgever – en in zijn voetspoor de rechter – moet maken, geen plaats is voor een simpele uitruil van het verdedigingsbelang tegen het belang van de bestrijding van ernstige vormen van criminaliteit. Het ingrijpende karakter van het overheidsoptreden maakt hier juist dat het belang van waarborgen tegen willekeur – en dus van verdedigingsrechten – toeneemt.

Met de omschrijving van het verdedigingsbelang als het belang dat geen willekeurige inbreuk op de rechten en vrijheden van de burger wordt gemaakt, is niet beoogd een allesomvattende beschrijving te geven van alle belangen van de verdachte die in het strafprocesrecht bescherming verdienen. Er zijn daarnaast ook andere belangen, zoals de aanspraak op een correcte bejegening en het belang bij berechting binnen redelijke termijn, die niet of slechts met grote moeite onder de gegeven omschrijving zijn te brengen. Het omschreven verdedigingsbelang staat als het om de rechtspositie van de verdachte gaat, echter wel centraal. Het vormt de gewichtigste grond voor de toekenning van verdedigingsrechten. Dat betekent dat het verdedigingsbelang de belangrijkste toetssteen vormt bij de vraag welke begrenzing of inperking van verdedigingsrechten acceptabel is. Daarbij verdient aandacht dat het verdedigingsbelang niet zelden de enige grond voor de toekenning van een bepaald recht aan de verdachte is. Dat belang vormt in dat geval de enige toetssteen bij de vraag naar toelaatbare beperkingen.

Het recht van de verdachte om getuigen op de zitting te ondervragen, vormt hiervan een duidelijk voorbeeld. Volgens de art. 264 en 288 Sv behoeft een verzoek van de verdachte om een bepaalde getuige te horen, niet te worden gehonoreerd, als de verdachte daardoor redelijkerwijs niet in zijn verdediging wordt geschaad. Volgens de Hoge Raad kan daarvan alleen sprake zijn als de verklaring van de getuige in redelijkheid niet van belang kan zijn voor enige beslissing die de rechter in de zaak moet nemen.⁷⁷ Deze begrenzing – en de daaraan gegeven uitleg in de jurisprudentie – spoort precies met het achterliggende verdedigingsbelang, en is dus acceptabel. Nu kennen de genoemde artikelen zoals bekend ook beperkingen van het ondervragingsrecht die niet parallel lopen met het verdedigingsbelang, maar voortvloeien uit een afweging van dat belang tegen het belang van de getuige. Zo kan de oproeping van de getuige worden geweigerd als ‘het gegronde vermoeden bestaat dat de gezondheidstoestand van de getuige door het afleggen van een verklaring ter terechtzitting ernstig in gevaar wordt gebracht’. In wetsontwerp 29 254, dat op 20 oktober 2003 bij de Tweede Kamer is ingediend, wordt voorgesteld de rechter op dit punt iets meer beoordelingsvrijheid te geven. De schrapping van het woord ‘ernstig’ wordt daarbij gecompenseerd door de toevoeging van de zinsnede ‘en het voorkomen van dit gevaar zwaarder weegt dan het belang om de getuige of deskundige ter terechtzitting te kunnen ondervragen’. De wetgever geeft hier precies aan welke

specificeren, verdedigingsbelangen. Opgemerkt zij daarbij dat in deze terminologie ook de niet-verdachte burger een verdedigingsbelang kan hebben. Zo heeft ook de eigenaar (niet-verdachte) van een in beslag genomen goed een verdedigingsbelang, dat door het beklagrecht ex art. 552a Sv wordt beschermd.

77 HR 1 december 1992, *NJ* 1992, 631.

de relevante belangen zijn die de rechter moet afwegen. Hij specificceert zowel het belang van de getuige als dat van de verdachte. En de specificatie van het belang van de verdachte spoort weer met het verdedigingsbelang, het belang waarop de toekenning van het ondervragingsrecht is gebaseerd. De afweging is daarmee een zuivere. Van een oneigenlijke beperking van het ondervragingsrecht door de wetgever is dan ook geen sprake.

De functie van de omschrijving van het verdedigingsbelang is primair, zo illustreert het voorbeeld, dat richting wordt gegeven aan het werk van de wetgever met betrekking tot het toekennen en begrenzen van verdedigingsrechten. Pas in de tweede plaats komt dat de rechter in die omschrijving houvast kan vinden bij de invulling van de beoordelingsvrijheid die hem is gelaten.

De functie van de omschrijving is zoals gezegd niet om de respectabele belangen van de verdachte tot het verdedigingsbelang te beperken. De toekenning van een bepaald recht aan de verdachte kan dan ook heel wel mede grond vinden in de bescherming van andere belangen. Het recht op rechtsbijstand is daarvan een voorbeeld. De raadsman hoeft zich bij zijn belangenbehartiging bepaald niet te beperken tot het verdedigingsbelang. Zo kan een raadsman die zijn recht op toegang tot de gedetineerde verdachte gebruikt om zijn cliënt een hart onder de riem te steken, niet van misbruik of oneigenlijk gebruik van verdedigingsrechten beticht worden. Het tegendeel is waar. Het recht op rechtsbijstand dient er mede toe om te zorgen dat de verdachte zich ‘als private persoon, als individu,’ kan staande houden in het strafproces.⁷⁸ Het is dus niet juist om alle verdedigingsrechten over één kam te scheren.

2.3.4 De onschuldpresumptie en het nemo tenetur-beginsel

Het is in het kader van dit betoog weinig zinvol om een volledige inventarisatie te geven van alle belangen van de verdachte die in het strafproces in een of andere vorm bescherming verdienen. Twee belangen verdienen echter afzonderlijke bespreking. Dat is in de eerste plaats het belang dat beschermd wordt door de onschuldpresumptie. Dat is in de tweede plaats het belang dat ten grondslag ligt aan het nemo tenetur-beginsel. Deze belangen zijn nauw gelieerd aan het verdedigingsbelang, maar kunnen daarvan wel worden onderscheiden. Ter verduidelijking het volgende.

De onschuldpresumptie is in hoge mate bepalend voor de verdedigingspositie van de verdachte. Dat de burger eerst gestraft kan worden als het bewijs van zijn schuld is geleverd, vormt een waarborg tegen willekeurige bestrafing. De bestrafing van onschuldigen wordt daardoor tegengegaan. De onschuldpresumptie vindt zogezen haar wortels in het verdedigingsbelang. Toch is het minder juist het

78 In zoverre heeft Prakken (*a.w.*, p. 735) dus gelijk. Anders ligt het bij het door haar gegeven voorbeeld van hoger beroep. Het recht van hoger beroep is de verdachte namelijk wel uitsluitend in het verdedigingsbelang gegeven. Rechtsmiddelen dienen ertoe om de juistheid van de (uiteindelijke) beslissing te waarborgen. Wie hoger beroep instelt uitsluitend om andere redenen dan het verkrijgen van een juiste (en dus andere) beslissing, gebruikt dat rechtsmiddel niet voor het verdedigingsbelang waarvoor het is gegeven. Die constatering staat los van de vraag of aan dergelijk gebruik in het strafproces consequenties moeten of mogen worden verbonden. Dat is een punt apart. Vergelijk hierna, onder 3 sub b.

vermoeden van onschuld geheel met het verdedigingsbelang te vereenzelvigen. Dat vermoeden heeft ook zelfstandige betekenis. Om dat duidelijk te maken kan weer worden teruggegrepen op het materiële recht. Art. 261 Sr beschermt de eer en goede naam van burgers tegen de ‘telastlegging van een bepaald feit’. Het respect dat de ene burger in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van de andere burger moet opbrengen, brengt dus mee dat men elkaar niet zonder reden van strafbare feiten mag beschuldigen. Als dat al in het verkeer tussen burgers onderling geldt, heeft dat zeker te gelden voor de wijze waarop de overheid met haar burgers verkeert. Art. 261 Sr heeft ook op die relatie betrekking. Een overheidsfunctionaris die een burger publiekelijk een strafbaar feit in de schoenen schuift, maakt zich in beginsel zelf schuldig aan een strafbaar feit.⁷⁹

Van de overheid wordt dus verwacht dat zij de eer en de goede naam van burgers niet nodeloos ‘aanrandt’. Verdedigbaar is dat de onschuldpresumptie haar grond mede in die gedachte vindt. Het vermoeden van onschuld vertegenwoordigt zogezen een belang dat uitstijgt boven het belang niet ten onrechte te worden veroordeeld. In het algemeen geldt dat de overheid haar burgers met respect moet tegemoet treden en hen dus niet zonder goede grond en zonder duidelijke reden als misdadigers mag behandelen. De terughoudendheid die pleegt te worden betracht met het verstrekken van de personalia van verdachten én veroordeelden, vindt haar wortels in die gedachte.

Deze benadering vindt steun in de jurisprudentie van het Europese Hof, waarin aan de onschuldpresumptie een eigen betekenis wordt toegekend die los staat van de bescherming tegen willekeurige bestraffing. Dat bleek al uit de zaak Sekanina (EHRM 25 augustus 1993, *NJ* 1994, 1) waarin een onherroepelijk vrijgesproken verdachte door de onschuldpresumptie werd beschermd, hoewel vanwege de vrijspraak van gevaar voor bestraffing geen sprake meer was. Gewezen kan ook worden op de zaak Allenet de Ribemont (EHRM 10 december 1995, *NJ* 1997, 523), waaruit blijkt dat niet alleen de rechter die over de schuldvraag moet oordelen, zich aan het vermoeden van onschuld moet houden, maar dat ook alle andere autoriteiten die op een of andere wijze bij het strafproces tegen de verdachte zijn betrokken, zich in hun uitlatingen door die presumptie moeten laten leiden. Of daarbij nog geldt dat de bescherming van art. 6 EVRM alleen kan worden ingeroepen als het optreden van de autoriteiten op de een of andere wijze is ‘gelinkt’ aan een *criminal charge*, is onzeker. In de zaak Böhmer tegen Duitsland (EHRM 3 oktober 2002, nr. 37568/97) lijkt die eis te worden losgelaten. Het Hof overweegt in § 54 van dat arrest het volgende. ‘The presumption of innocence will be violated if a judicial decision or a statement by a public official concerning a person charged with a criminal offence reflects an opinion that he is guilty before he has been proved guilty according to law. It suffices, even in the absence of any formal finding, that there is some reasoning suggesting that the court or the official regards the accused as guilty.’

Ook niet-justitiële autoriteiten kunnen de onschuldpresumptie dus schenden. Zelfs de suggestie dat zij de verdachte voor schuldig houden, mogen zij niet wekken. Dat kan zijn verklaring maar zeer ten dele vinden in de vrees voor beïnvloeding van de rechter. In het algemeen geldt dat beroepsrechters geacht worden daartegen bestand te zijn. Het Europese Hof betreft de kwestie in elk geval niet op de onafhankelijkheid

79 In beginsel: in een aantal gevallen wordt het overheidsoptreden gedekt door de rechtvaardigingsgrond van art. 261 lid 3 Sr. Zo levert het tenlasteleggen van feiten in het kader van een strafvervolgning geen strafbare smaad op.

en de onpartijdigheid van de zittingsrechter, maar beschouwt de suggestieve uitlating *als zodanig* in strijd met de onschuldpresumptie.

Het nemo tenetur-beginsel, waarvan het zwijgrecht van de verdachte de kern vormt, kan gezien worden als een waarborg tegen willekeurige bestrafing. Afdgedwongen verklaringen zijn, zeker als de dwang de vorm aanneemt van marteling, in de regel weinig betrouwbaar. Maar ook hier geldt dat het voorkomen van onjuiste beslissingen als enige verklaring tekort schiet. Uit de wetsgeschiedenis van art. 29 Sv blijkt dat het belang van het zwijgrecht voor de waarheidsvinding niet door ieder werd ingezien. Integendeel, zoals Spronken laat zien bestond er juist grote vrees dat de waarheidsvinding door de voorgestelde cautieplicht zou worden geschaad. Het ‘primaat van de waarheidsvinding’ stond in de parlementaire discussie *tegenover* de rechten van de verdachte. Dat gold ook ten aanzien van het recht op vrij verkeer met de raadsman in de eerste fase van de opsporing. De tegenstanders vreesden dat de raadsman dat vrije verkeer zou misbruiken om de verdachte van een bekentenis af te houden. De voorstanders legden er juist de nadruk op dat cautie en rechtsbijstand de verdachte zouden behoeden *ten onrechte* belastende verklaringen af te leggen.⁸⁰

Het primaat van de waarheidsvinding lijkt zo ook door de voorstanders te worden erkend. Maar de felheid van het debat blijft onbegrijpelijk als het werkelijk alleen maar zou gaan om de vraag hoe bereikt moet worden dat de verdachte waarheidsgetrouwe verklaringen aflegt. De werkelijke vraag was of de verdachte volledig als procespartij moest worden erkend. Het zwijgrecht werd door de voorstanders in verband gebracht met het ‘Engelse’ (accusatoire) stelsel, waarin, zoals de MvT stelt, ‘de met de vervolging belaste Overheid en de verdachte beide als zelfstandige, in hoofdzaak gelijk gerechtigde procespartijen zijn erkend’.⁸¹ Dat blijkt heel duidelijk uit de discussies in de commissie Ort.⁸² In deze benadering krijgt het voorkomen van mishandeling van (gedetineerde) verdachten, en meer in het algemeen, van het uitoefenen van ongeoorloofde pressie, zelfstandige betekenis. Dergelijke pressie is niet alleen ongeoorloofd omdat zij tot onjuiste verklaringen kan leiden, maar ook – en misschien wel vooral – omdat dergelijke pressie een miskennis vormt van de vrije positie die de verdachte in het strafproces ten opzichte van de justitiële autoriteiten toekomt. Dat er voor gezorgd moet worden dat de verdachte zijn verklaring ‘in vrijheid’ aflegt, zoals art. 29 lid 1 Sv voorschrijft, houdt een erkenning in van een aan de verdachte toekomende keuzevrijheid. Die keuzevrijheid moet gerespecteerd worden, ook als dat niet in het belang van de waarheidsvinding is.

De discussie over de vraag of het nemo tenetur-beginsel een beginsel van Nederlands recht is, is zoals bekend in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens beslecht. ‘The right to silence and the right not to incriminate oneself’, aldus het Hof in het Saunders-arrest, ‘at the heart of the

80 Zie Taru Spronken, *Verdediging*, Academisch proefschrift Universiteit van Maastricht 2001, p. 31.

81 Bijl. *Handelingen II* 1913/14, 286 no. 3, p. 11.

82 Zie K. Lindenberg (red.), *Van Ort tot ORO*, Vakgroep Strafrecht en Criminologie, Rijksuniversiteit Groningen, met name p. 186 e.v. Vergelijk G. Knigge, ‘Bastiaan Ort, de Modderman van het Wetboek van Strafvordering?’ in: J. de Bruijn, J.H.A. Lokin, L.J. van Soest-Zuurdeeg en W.J. Zwolve (red.), *Een vreemde man, en die ons vreemd ontviel; Liber amicorum voor E.W. A. Henssen (1950-1999)*, Bas Lubberhuizen: Amsterdam 2000, p. 210 e.v.

notion of a fair procedure under Article 6'.⁸³ Over de ratio van het beginsel is het Hof weinig precies. Die ratio ligt *onder meer* in het voorkomen van 'improper compulsion', waardoor niet alleen bijgedragen wordt aan 'the avoidance of miscarriages of justice', maar ook aan 'the fulfilment of the aims of Article 6'. De ratio lijkt dus ruimer te zijn dan het voorkomen van willekeurige bestrafing alleen.

Dat vindt bevestiging in de toepassing die aan *the privilege against self-incrimination* is gegeven. Zo werd de gedwongen uitlevering van documenten in zowel het Funke-arrest (EHRM 9 juni 1992, *NJ* 1992, 773) als in de zaak J.B. tegen Zwitserland (EHRM 3 mei 2001, *NJ* 2003, 354) in strijd geoordeeld met dit privilege, hoewel moeilijk gezegd kan worden dat de dwang hier afbreuk deed aan de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal. Ook in de zaak Allan tegen het Verenigd Koninkrijk (EHRM 5 november 2002, appl. nr. 48539/99) – waarin een informant van de politie als medegedetineerde bij de verdachte werd geplaatst met de opdracht hem een verklaring te ontlokken – kan de mogelijke onbetrouwbaarheid van het aldus verkregen bewijs moeilijk de verklaring zijn voor het oordeel dat het nemo tenetur beginsel was geschonden. Ontboezemingen van de verdachte die niet door de politie zijn uitgelokt, kunnen immers even (on)betrouwbaar zijn. Misleiding van de verdachte staat echter wel haaks op 'respecting the will of an accused to remain silent'. Van een in vrijheid afgelegde verklaring is dan geen sprake.

In zijn *dissenting opinion* bij het Saunders-arrest vermoedt Martens, juist omdat het voorkomen van de bestrafing van onschuldigen geen afdoende verklaring vormt voor het gewicht dat het Hof toekent aan het recht zichzelf niet te incrimineren, dat andere, niet expliciet genoemde *rationales* het standpunt van het Hof mede hebben bepaald. Die onuitgesproken ratio zou in essentie neerkomen op 'respect for human dignity and autonomy'. Dat respect zou vereisen dat elke verdachte 'completely free' moet zijn 'to decide which attitude he will adopt with respect to the criminal charges against him'. Met Martens kan betwijfeld worden of een dergelijke brede en onbepaalde grondslag een zo absolute claim op vrijheid kan dragen. Maar de richting waarin de ratio van het nemo tenetur-beginsel moet worden gezocht, lijkt door hem toch juist aangegeven.⁸⁴ Het gaat bij dat beginsel om de vrije positie die de burger ten opzichte van de overheid toekomt, een vrije positie die hij behoudt als hij strafrechtelijk wordt vervolgd. Het recht op een *fair hearing* beoogt mede die positie te beschermen, zodat inderdaad gezegd kan worden dat het beginsel bijdraagt aan 'the fulfilment of the aims of Article 6'.

Een *fair hearing* laat zich moeilijk denken als de verdachte daarin niet als zelfstandige procespartij zou worden erkend. Die zelfstandige partijpositie veronderstelt partijautonomie, of wat Spronken noemt vrijheid van verdediging.⁸⁵ De verdachte moet de ruimte krijgen om zijn eigen procesopstelling te bepalen en om zijn verdediging naar eigen inzicht te voeren. Bij dat recht op vrije verdediging voegt zich het recht op rechtsbijstand, het recht op vrij verkeer met de raadsman en het recht op de eerbiediging van het vertrouwelijk karakter van

83 EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699.

84 Daarbij zij aangetekend dat het Europese Hof het recht om niet aan de eigen veroordeling mee te werken juist niet verabsoluteert. Zie EHRM 8 februari 1996, *NJ* 1996, 725 (Murray tegen het Verenigd Koninkrijk) en de Saunderszaak zelf, § 69.

85 Taru Spronken, *a.w.*, p. 291.

dat verkeer. Deze rechten zijn derhalve niet alleen in het verdedigingsbelang gegeven, zij dienen er ook toe om het recht op vrije verdediging *practical and effective* te maken. Dat verklaart waarom deze rechten soms tegenover het belang van de materiële waarheidsvinding komen te staan.⁸⁶ Dat verklaart ook waarom de rechter in beginsel niet mag treden in de wijze waarop de verdediging wordt gevoerd en in het overleg dat tussen de verdachte en zijn raadsman plaats heeft gevonden.⁸⁷

Dat de verdachte in vrijheid zijn procesopstelling mag bepalen, en in beginsel geen bewijs tegen zichzelf hoeft te leveren, impliceert dat de verdachte zich bij zijn keuzen met betrekking tot de te voeren verdediging niet hoeft te laten leiden door het verdedigingsbelang zoals hiervoor is omschreven. Het is immers juist de schuldige, niet de onschuldige verdachte die het bewijs tegen zichzelf zou kunnen leveren. De vrijheid die de schuldige verdachte heeft om niet te bekennen, maakt dat zijn particuliere belang om van (terechte) bestraffing verschoond te blijven, bepalend mag zijn voor zijn procesopstelling. Uiteraard zal ook de raadsman – wiens bijstand er als gezegd mede toe dient om de autonome partijpositie van de verdachte te verzekeren – de keuzen die de verdachte op dit punt maakt, moeten respecteren. Met het eigenbelang van de verdachte moet hij zich niet vereenzelvigen, maar de op basis daarvan door de verdachte gemaakte keuzen dienen voor hem wel uitgangspunt te zijn bij de te voeren verdediging. Hoe de raadsman daarbij moet omgaan met de spanning tussen het verdedigingsbelang en het particuliere belang van de verdachte, is primair een kwestie van beroepsethiek, die bewaakt wordt door de gedragsregels en de tuchtrechtspraak.

Uit het feit dat het eigenbelang van de verdachte bepalend mag zijn voor zijn procesopstelling, kan niet de conclusie worden getrokken dat misbruik van verdedigingsrechten niet mogelijk is. Het tegendeel is het geval. Juist omdat de verdachte vrij is in zijn positiebepaling, is de kans aanwezig dat hij rechten *die uitsluitend in het verdedigingsbelang zijn gegeven*, voor andere doelen gebruikt. De toekenning van dergelijke rechten mag dan ook gepaard gaan met vormen van rechterlijk toezicht op het gebruik daarvan. Het zelfstandige belang van vrijheid van verdediging maakt daarbij dat de rechter zich bij dat toezicht uiterst terughoudend dient op te stellen.

De onschuldpresumptie en het nemo tenetur-beginsel vertegenwoordigen belangen die niet louter instrumenteel zijn aan de waarheidsvinding, maar als zelfstandige belangen bescherming verdienen in het strafprocesrecht. Het gaat daarbij om gewichtige belangen. De onschuldpresumptie en het *privilege against self-incrimination* markeren de vrije positie van de verdachte in het strafproces ten opzichte van de overheid en belichamen het respect dat die overheid daarvoor moet opbrengen. Tot absolute aanspraken leiden presumptie en *privilege* echter niet. Afweging tegen andere belangen, waaronder dat van de waarheidsvinding, kan

86 Zo vindt het verschoningsrecht van de advocaat zijn grond in de gedachte dat het maatschappelijke belang dat de de waarheid in rechte aan het licht komt moet wijken voor het maatschappelijke belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking tot een raadsman moet kunnen wenden. Vergelijk HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173.

87 Deze gedachte is ook in de jurisprudentie van het EHRM. De justitiële autoriteiten dienen pas in te grijpen als de raadsman manifest tekort schiet. Zie onder meer EHRM 13 mei 1980, Serie A 37 (Artico) en EHRM 19 december 1989, *NJ* 1994, 26 (Kamasinski).

leiden tot nuancering en restricties. Men denke bijvoorbeeld aan de beperkingen van het vrije verkeer tussen verdachte en raadsman zoals die thans te vinden zijn in art. 50 lid 2 Sv.

2.3.5 Afsluitende opmerking

Nog één opmerking ter afsluiting van deze paragraaf. Als gezegd moet de belangenafweging die van de wetgever wordt verwacht, in het project *Strafvordering 2001* zelf zichtbaar worden gemaakt. Algemene beschouwingen over het relatieve gewicht van de in het geding zijnde belangen hebben daarbij een verduidelijkende en richtinggevende functie. Zij kunnen de concrete uitkomst van de belangenafweging (de wettelijke regeling) echter maar zeer ten dele dicteren. Hoe de verschillende belangen volgens de onderzoeksgroep moeten worden gewaardeerd, wordt daarom vooral zichtbaar in de vele voorstellen die zij heeft gedaan met betrekking tot de inrichting van het wetboek.

2.4 Concretisering en uitwerking

2.4.1 De normadressaat

Door met name Cleiren is verdedigd dat de wettelijke bepalingen van strafvordering zich primair richten tot de publieke organen van de strafrechtspiegeling. Die organen zijn in deze visie de normadressaten van de wettelijke regeling. Aan hen kent de wet bevoegdheden toe, hun gedrag wordt door de wet genormeerd. De verdachte heeft in deze gedachtegang wel rechten, maar die rechten zijn ‘afgeleid’ van de aan de overheidsorganen toegekende bevoegdheden. ‘De gedragsnorm die voor het publieke orgaan in de bevoegdheidsverlenende bepaling ligt besloten correspondeert met een subjectief recht van de verdachte op een bevoegdheidsuitoefening overeenkomstig die norm. (...) Vanuit dit gezichtspunt liggen de rechten en bevoegdheden van de verdachte besloten in de tot de publieke organen gerichte bepalingen van strafvordering. Men zou dan ook kunnen stellen dat de verdachte binnen het stelsel van strafvordering slechts afgeleide bevoegdheden heeft in die zin, dat hij deze alleen kan effectueren als de overheid het initiatief tot het voeren van een strafproces heeft genomen.’⁸⁸

Deze stellingname is zowel descriptief als prescriptief van aard. Cleiren bedoelt niet alleen een beschrijving te geven van het bestaande stelsel van strafvordering, zij formuleert bovenal een normatief gezichtspunt. Een stelsel van strafvordering dat zich primair richt tot publieke organen, is in haar ogen een *juist* stelsel, en wel omdat een dergelijk stelsel het beste zou aansluiten bij de rechtsstaatgedachte. In het navolgende zullen eerst enige opmerkingen van meer descriptieve aard worden gemaakt. In aansluiting daarop zal de vraag worden beantwoord of een stelsel dat alleen publieke organen als normadressaat kent, voor een nieuw wetboek van strafvordering te verkiezen is.

⁸⁸ A.L. Melai, *Het Wetboek van Strafvordering*, aant. 5 op art. 1 (suppl. 115). Zie ook C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 44 e.v., alwaar ook wordt verwezen naar standpunten van andere schrijvers.

Het is onmiskenbaar zo dat veel bepalingen in het Wetboek van Strafvordering zich tot de justitiële autoriteiten richten. Dat geldt uiteraard voor bepalingen die bevoegdheden aan die autoriteiten toekennen. Maar ook de rechten van de verdachte zijn niet zelden ‘verpakt’ in tot de autoriteiten gerichte voorschriften. Zo is het recht van de verdachte om uitstel van behandeling te vragen in art. 278 lid 3 Sv vervat in het voorschrift dat de rechtbank op een dergelijk verzoek moet beslissen. Tekenend is misschien wel art. 29 lid 1 Sv, waarin het zwijgrecht van de verdachte besloten ligt in de instructienormen met betrekking tot de wijze van verhoren.

In alle gevallen waarin iemand als verdachte wordt gehoord, onthoudt de verhoorende rechter of ambtenaar zich van alles wat de strekking heeft eene verklaring te verkrijgen, waarvan niet gezegd kan worden dat zij in vrijheid is afgelegd. De verdachte is niet tot antwoorden verplicht.

Weliswaar wordt in de laatste volzin met zoveel woorden gesteld dat de verdachte niet verplicht is om te antwoorden, maar dit lijkt meer bedoeld om de verhoorende autoriteiten in te prenten dat de verdachte nergens een verplichting tot spreken is opgelegd, dan om de verdachte een recht toe te kennen. Of deze wijze van redigeren aansluit bij de rechtsstaatsgedachte kan intussen betwijfeld worden. Misschien kan met meer recht gesteld worden dat de gerichtheid op het doen en laten van de autoriteiten is terug te voeren op de inquisitoire oorsprong van ons strafproces. In een dergelijk proces, waarin de verdachte slechts voorwerp van onderzoek is, behoeft uiteraard alleen maar geregeld te worden wat de justitiële autoriteiten mogen en moeten doen.

Nu is het niet zo dat alle rechten van de verdachte zijn vervat in tot de rechter gerichte instructienormen. De bepalingen waarin de verdachte met zoveel woorden rechten of bevoegdheden worden toegekend, zijn zelfs betrekkelijk talrijk. Zo verklaart art. 263 Sv de verdachte ‘bevoegd’ getuigen en deskundigen op te roepen. Op dit ‘recht’ moet hij opmerkzaam worden gemaakt (art. 260 lid 3 Sv). De officier van justitie en de verdachte worden bij de toedeling van bevoegdheden geregeld op dezelfde voet behandeld.⁸⁹ Zo verklaart art. 293 lid 2 Sv zowel de officier als de verdachte bevoegd om opmerkingen te maken. Het is niet direct inzichtelijk waarom de verdachte hier, in weerwil van deze gelijke behandeling in redactioneel opzicht, geen normadressaat zou zijn, en de officier wel. Is het systeem van de wet anders dan haar tekst ons voorspiegelt?

Het argument dat de verdachte zijn recht pas kan ‘effectueren’ als de officier een vervolging begint, overtuigt niet direct. Als met ‘afgeleid’ recht niet meer is bedoeld dan te zeggen dat het recht pas kan worden uitgeoefend in een situatie die door anderen is geschapen, dan is de terminologie weinig adequaat. Men zegt toch ook niet dat de rechten van de gedaagde in het civiele proces zijn afgeleid van die van de eiser? In elk geval ligt in het enkele feit dat men *in deze zin* van een ‘afgeleid recht’ zou kunnen spreken (in de keuze van de terminologie is men tenslotte vrij) niet besloten dat een persoon met dergelijke afgeleide rechten geen normadressaat is. Waarom zouden alleen de initiatiefnemers adressaat van de wettelijke regeling kunnen zijn?

89 Vaak met dit verschil dat de verdachte een *verzoek* kan doen, terwijl de officier mag *vorderen*. Zie bijvoorbeeld art. 328 Sv. Met het normadressaatschap heeft dat verschil in terminologie echter niet te maken.

Ook om andere reden spreekt het argument niet aan. Het is niet zo dat alle rechten die burgers aan het Wetboek van Strafvordering kunnen ontlennen, pas kunnen worden 'geëffectueerd' als de overheid het initiatief tot een strafvervolgning heeft genomen. Zo kan de belanghebbende op grond van art. 12 Sv juist beklag doen als de overheid stil zit. En de burger die *niet* van enig strafbaar feit verdacht wordt, heeft er juist recht op van 'initiatieven' van de overheid verschoond te blijven. De burgers ontlennen hun rechten in deze gevallen niet aan het feit dat de overheid een strafvervolgning is begonnen. Als wij Cleiren goed begrijpen kunnen deze rechten toch worden beschouwd als te zijn afgeleid van het vervolgingsrecht, en wel omdat het zou gaan op aanspraken op een correcte uitoefening van dat vervolgingsrecht. De term 'afgeleid recht' wordt dan echter wel in andere zin gebezigd. En ook dan is de vraag of die terminologie adequaat is. Dit kan aan de hand van een voorbeeld verduidelijkt worden. Art. 552a Sv geeft de belanghebbende het recht om zich te beklagen over een onbevoegde inbeslagneming. Het doet nogal gewrongen aan om te zeggen dat het recht van de belanghebbende in dit geval is afgeleid van een bevoegdheid die in de concrete situatie juist ontbreekt. Even gewrongen is het om het recht van de niet-verdachte burger om niet gearresteerd te worden, af te leiden van de bevoegdheid van de overheid om verdachten aan te houden. Dat recht zou de burger ook hebben als de overheid de arrestatiebevoegdheid niet had. Zijn aanspraak op een correcte uitoefening van de arrestatiebevoegdheid ontleent hij in de eerste plaats aan zijn – in onder meer art. 12 Gw verankerde – recht op vrijheid.

Of en in hoeverre Cleiren een adequate beschrijving heeft gegeven van het geldende stelsel van strafvordering, is hier niet de meest interessante vraag. De vraag is vooral of een stelsel waarin alleen publieke organen als normadressaat fungeren, voor het toekomstige recht verkieslijk is. Cleiren wijst er zelf op dat de verdachte buiten het systeem van strafvordering wél als normadressaat fungeert. Als voorbeeld noemt zij art. 6 EVRM, dat de verdachte recht geeft op een eerlijk proces. Daaruit blijkt dat de rechtsstaatgedachte – die juist door het EVRM wordt belichaamd – er niet toe dwingt om de verdachte als normadressaat te negeren. Misschien kan zelfs met meer recht het tegendeel worden beweerd. Tegenover het recht op een *fair hearing* staat, gezien vanuit het perspectief van art. 6 EVRM, de verplichting van de Staat om dat recht te realiseren. Veel van de tot de autoriteiten gerichte instructienormen zou men dan ook afgeleiden kunnen noemen van het recht van de verdachte op een eerlijk proces. Voorts zou men de aan de autoriteiten toegekende bevoegdheden (dwangmiddelen) kunnen zien als een uitwerking van de uit onder meer de art. 2 en 8 EVRM af te leiden positieve verplichting van de overheid om te zorgen voor een effectieve strafrechtspleging. Kortom, uitgaande van de rechtsstaat ligt het misschien meer voor de hand om de rechten van de burgers centraal te stellen, en de bevoegdheden van de overheid te beschouwen als een afgeleide van die rechten.

Het is niet zo dat deze zienswijze hier als uitgangspunt voor een nieuw stelsel wordt verdedigd. Daarmee zou de ene eenzijdigheid door de andere worden vervangen. Tegenover het recht van de één staat altijd de verplichting van één of meer anderen. De overheid moet de rechten van de burger niet alleen respecteren, zij moet zich ook inspannen om die rechten practical and effective te maken. Omgekeerd beïnvloeden de aan de overheid toegekende bevoegdheden de

rechtspositie van de burger. Er is weinig mee gewonnen als men een stelsel construeert dat één zijde van de publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen burgers en overheid verabsolueert, en de andere zijde slechts als een afschaduwing daarvan behandelt. Cleiren moet zich nogal wat moeite getroosten om uit te leggen dat haar stelling dat de verdachte alleen afgeleide bevoegdheden heeft, niet impliceert 'dat de positie van de verdachte en diens raadsman als ondergeschikt wordt beschouwd'. Dat is echter wel precies de associatie die haar constructie oproept. De symbolische waarde van een wetboek dat de burger als volwaardig rechtssubject behandelt – als een drager van rechten en plichten die als zodanig 'geadresseerd' wordt – mag niet worden onderschat. De geest die daaruit spreekt, doortrekt de uitleg en de toepassing van het gehele wetboek.

Bij een wetboek dat de verdachte als autonome procespartij erkent, bij een wetboek bovendien dat zich de rechten aantrekt van andere burgers die bij het strafproces zijn betrokken, past dat verdachte én niet verdachte burgers rechtstreeks als dragers van rechten en plichten worden aangemerkt. Het gaat daarbij niet primair om de redactie van de wettelijke bepalingen. Tegen constructies waarbij rechten en bevoegdheden van de burger worden verpakt in instructienormen gericht tot de justitiële autoriteiten, bestaat op zich zelf geen bezwaar. Bepalend moet zijn of de gekozen redactie recht doet aan de rechtsbetrekking die de wetgever met de regeling in het leven wil roepen. Veel hangt daarbij af van de strekking en reikwijdte van de regeling. Zo maakt het verschil of het om concrete bevoegdheden gaat die in specifieke processuele situaties kunnen worden aangewend (zoals een verzoek om uitstel), dan wel om rechten met een algemene strekking die de positie van de burger in het gehele strafproces in meer principiële zin omlijnen. In het eerste geval maakt het weinig verschil in welke vorm de bevoegdheid wordt gegoten (omdat over de inhoud daarvan geen misverstand kan bestaan), in het tweede geval verdient het expliciet erkennen of toekennen van rechten aan de burger sterk de voorkeur. Vandaar dat in het Eerste interimrapport is voorgesteld om een catalogus van slachtofferrechten in het wetboek op te nemen.⁹⁰

Vanuit dit gezichtspunt kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de huidige redactie van art. 29 Sv. Het zwijgrecht van de verdachte is in dit artikel negatief omschreven, als een herinnering aan de verhorende ambtenaar dat de verdachte geen spreekplicht heeft. Bovendien is dat op die wijze verpakte zwijgrecht tekstueel beperkt tot de verhoorsituatie, terwijl aan dat recht een betekenis toekomt die zich ook buiten de verhoorsituatie doet gevoelen. Dat recht 'staat' voor de vrije partijpositie die de verdachte in het strafproces toekomt (vergelijk hiervoor, onder 2.3.4). Zo speelt, om een niet geheel willekeurig voorbeeld te geven, het zwijgrecht een rol bij de uitleg en toepassing van art. 126j Sv.⁹¹ Een algemene, en positieve formulering van het zwijgrecht brengt dat beter tot uitdrukking.⁹²

90 *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 6, 'De positie van slachtoffers in het strafproces' (A.L.J. van Strien), p. 271 e.v.

91 Zie onder meer Rechtbank Zwolle 11 februari 2003, *NJ* 2003, 238. Vergelijk EHRM 5 november 2002, appl.nr. 48539/99 (Allan tegen het Verenigd Koninkrijk).

92 Bij wijze van voorbeeld zei hier gewezen op art. 50 lid 1, eerste volzin van het Antilliaanse Wetboek van Strafvordering: 'De verdachte heeft het recht zich van antwoorden te onthouden'.

2.4.2 Taken en bevoegdheden

Zoals hiervoor, onder 2.1, reeds is vermeld heeft de onderzoeksgroep zich in het Tweede interimrapport op het standpunt gesteld dat opsporingstaken dienen te berusten op een wet in formele zin. Dat standpunt was gebaseerd op het legaliteitsbeginsel. Gesteld werd dat opsporingsactiviteiten die vanwege de overheid in het kader van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde worden verricht, *als zodanig* belastend zijn voor de burger, dus ook als die opsporing niet gepaard gaat met de toepassing van dwangmiddelen. Die stelling werd met twee argumenten onderbouwd. Het eerste was dat het systematisch verzamelen en registreren door de overheid van gegevens over personen een inbreuk vormt op de informatiele privacy, en om die reden een wettelijke basis behoeft. Het tweede argument werd ontleend aan het doel van het opsporingsonderzoek. Omdat de uitkomsten van het onderzoek voor de betrokken burger vergaande consequenties kunnen hebben, is dat onderzoek zelf voor die burger bezwarend. Niet alleen de uiteindelijke strafoplegging zelf, maar ook het overheidsoptreden dat daartoe leidt, belast de positie van de burger.⁹³

Aan het standpunt dat de uitoefening van de opsporingstaak op een wettelijke bevoegdheid dient te berusten, en dus een exclusieve taaktoedeling vereist, werden in het Tweede interimrapport andere, onderling nauw samenhangende standpunten gekoppeld. In de eerste plaats dat de wet voorzieningen moet treffen die de effectiviteit en de integriteit van de taakuitoefening waarborgen.⁹⁴ Het gaat daarbij onder meer om de bekwaamheid en betrouwbaarheid van de met opsporing belaste personen, om de controleerbaarheid van hun optreden en om het over hen uitgeoefende gezag. In de tweede plaats dat de uitoefening van de opsporingstaak door het publiekrecht wordt beheerst. Dat brengt mee dat de overheid soms minder mag dan de op eigen houtje rechercherende particulier.⁹⁵ In de derde plaats dat de normering van de opsporingsmethoden niet moet worden beheerst door alleen de vraag of een bepaalde methode inbreuk maakt op een grondrecht. Andere redenen om tot wettelijkeregeling van opsporingsmethoden over te gaan, kunnen onder meer gevonden worden in de transparantie van het onderzoek, de integriteit van het opsporingsapparaat en in de betrouwbaarheid van de onderzoeksresultaten.⁹⁶

De uitoefening van de opsporingstaak moet kortom ingekaderd zijn in een wettelijk stelsel van waarborgen, normen en bevoegdheden dat de doelmatigheid en de rechtstatelijkheid van het overheidsoptreden beoogt te verzekeren. Dat stelsel moet niet ontdoken kunnen worden doordat de overheid buiten de wet om aan opsporing mag doen en de opsporing mag opdragen of uitbesteden aan personen die daartoe niet door de wet bevoegd zijn verklaard. Juist omdat de wet een behoorlijke taakuitoefening moet garanderen, moet exclusieve taaktoedeling het uitgangspunt zijn.

Dit standpunt, dat is ontwikkeld met betrekking tot de opsporingstaak, beperkt zich daartoe niet. Algemeen heeft te gelden dat de wet een behoorlijke strafvorde-

93 *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (G. Knigge & N.J.M. Kwakman), p. 253 e.v.

94 *Idem*, p. 256 en p. 337.

95 *Idem*, p. 264 e.v.

96 *Idem*, p. 323 e.v. en p. 343.

ring dient te garanderen door te bepalen welke personen en instanties daarin een taak hebben en door vervolgens waarborgen te scheppen voor een juiste taakvervulling. Alle taken die in het kader van de door de overheid georganiseerde strafvordering worden uitgeoefend, dienen dus een basis te hebben in de wet. Voor al die taken geldt dat de uitoefening daarvan direct of indirect ingrijpt in de rechtspositie van burgers. Daarom dient in de wet te zijn vastgelegd welke organen bevoegd zijn de vervolgingstaak uit te oefenen. Daarom ook dient de wet te bepalen welke instanties met de rechtspraak zijn belast. Deze laatste eis vindt steun in art. 6 lid 1 EVRM, dat de verdachte recht geeft op berechting door een ‘tribunal established by law’.

Het voorgaande had betrekking op taken die vanwege de overheid in het kader van de strafvordering worden uitgeoefend. Het uitgangspunt van exclusieve taaktoedeling vindt hier direct steun in het legaliteitsbeginsel. Er zijn echter goede redenen om een stapje verder te gaan, en ook taken die niet vanwege de overheid worden uitgeoefend, en waarvan de uitoefening geen inbreuk maakt op rechten van burgers, van een wettelijke basis te voorzien. Daarbij dient in het bijzonder gedacht te worden aan de verdedigingstaak. Ook met de uitoefening van die taak wordt een publiek belang gediend. Door in de wet vast te leggen wie de verdachte in rechte kan bijstaan, is het mogelijk op dit punteisen te stellen, zodat tot op zekere hoogte kan worden gegarandeerd dat de rechtsbijstand van behoorlijk niveau is. Het door de wet gecreëerde monopolie van de advocatuur vindt dus een rechtvaardiging in het belang van een kwalitatief hoogwaardige verdediging. Bovendien kunnen zo waarborgen worden ingebouwd met betrekking tot de integriteit van de taakuitoefening, zoals binding aan gedragsregels en tuchtrechtelijk toezicht. Die waarborgen maken op hun beurt de toekenning van rechten mogelijk die men bezwaarlijk kan toekennen aan een ieder die zich als raadsman opwerpt. Men denke bijvoorbeeld aan het recht op vrije toegang tot de gedetineerde verdachte.

Het streven van de wetgever dient er kortom op te zijn gericht de ‘organisatie’ van de gehele strafvordering (dat wil zeggen de verdeling van taken en rollen in het strafproces) in de wet vast te leggen. Voor alle duidelijkheid zij opgemerkt dat het hier gestelde zich primair richt tot de wetgever. Een wetboek dat aan het ideaal van het legaliteitsbeginsel beantwoordt, regelt de taakuitoefening in het strafproces. De vraag wat rechtens is als de wetgever op dit punt in gebreke blijft, is hier niet aan de orde. Zo behoeft de vraag of rechtsbijstand mag worden verleend in het hypothetische geval dat de wet daarover niets bepaalt, hier geen beantwoording.

Taak impliceert in deze benadering een bevoegdheid. Alleen personen die met de opsporing zijn belast, mogen de opsporingstaak uitoefenen. Anderen hebben die bevoegdheid niet. Alleen personen die de wet als verdediger toelaat, mogen de verdachte in rechte bijstaan. Anderen zijn daartoe niet bevoegd. Alleen wie met rechtspraak is belast, mag rechtspreken. Een scherp onderscheid tussen taken en bevoegdheden is dus niet te maken. Daarom dient – zoals in het Tweede interimrapport uitvoerig is betoogd – bij de wettelijke normering van taken niet van een geforceerd onderscheid tussen taken en bevoegdheden te worden

uitgegaan.⁹⁷ De taak machtigt, evenals de bevoegdheid, tot optreden, en dus tot het verrichten van bepaalde handelingen. Welke handelingen dat zijn, wordt bepaald door het samenstel van algemene bevoegdheid en specifieke steunbevoegdheden, door – anders gezegd – de combinatie van de wettelijke taakomschrijving en de wettelijke normering van de taakuitoefening. Dat complex van bevoegdheden en normerende voorschriften dient daarbij in zijn juridische context te worden bezien. Tot die context behoort ook de Grondwet en hetgeen daarin met betrekking tot inbreuken op grondrechten is bepaald.

2.4.3 Inbreuken op grondrechten

Het grondwettelijke systeem brengt mee dat handelingen die inbreuk maken op grondrechten, dienen te berusten op een specifieke bevoegdheid. In het Tweede interimrapport is diepgaand onderzocht hoe specifiek een bevoegdheid dient te zijn wil daarop een inbreuk op een grondrecht kunnen worden gebaseerd. De conclusie was dat de bevoegdheid specifiek genoeg is als het maken van de inbreuk berust op een belangenafweging die de wetgever geacht kan worden voor zijn rekening te hebben genomen.⁹⁸ Dat betekent dat de wetgever in details behoeft te treden en mag vertrouwen op een redelijke uitleg van de wet. Het is niet nodig dat hij elke concrete handeling die inbreuk maakt op een grondrecht, afzonderlijk in de wet benoemt. Onder omstandigheden kan volstaan worden met betrekkelijk globaal omschreven bevoegdheden. Daarbij kan de bevoegdheid om een specifieke inbreuk op een grondrecht te maken impliciet besloten liggen in de wettelijke regeling. Zo impliceert de bevoegdheid om de verdachte aan te houden de bevoegdheid om daarbij gepast geweld aan te wenden, hoewel de wet dat niet met zoveel woorden zegt. Welke handelingen gepast geweld opleveren, en welke niet, is daarbij goeddeels aan de jurisprudentie overgelaten.

Op basis van deze uitleg van het grondwettelijke systeem is in het Tweede interimrapport een voorstel ontwikkeld met betrekking tot de normering van de opsporingsmethoden.⁹⁹ Met dit voorstel wordt enerzijds beoogd de bestaande ondernormering van de opsporing op te heffen, anderzijds getracht recht te doen aan de noodzaak van een voldoende flexibele regeling. De vraag of de opsporingsmethode inbreuk maakt op grondrechten is daarbij, zoals in de vorige subparagraaf al werd vermeld, als *enig* criterium voor wettelijke regeling losgelaten. Wettelijke normering kan ook om andere redenen wenselijk zijn. Hier van belang is dat ook het feit dat een bepaalde opsporingsmethode gemakkelijk kan leiden tot een inbreuk

97 *Idem*, p. 310 e.v. Daartegen C.P.M. Cleiren, 'De wetgever aan zet', in: C.H. Brants, P.A.M. Mevis, E. Prakken & J.M. Reijntjes (red.), *Op zoek naar grondslagen; Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 73 e.v. Volgens Cleiren liggen taken op het niveau van wat zij de 'waardenrationaliteit' noemt, taken daarentegen op het niveau van de juridisch-systematische rationaliteit en de 'rollen' rationaliteit. Omdat de verschillende niveaus en rationaliteiten niet ineens zouden mogen vloeien, zou een relativisering van het onderscheid tussen taken en bevoegdheden niet mogelijk zijn. Wij kunnen haar daarin niet volgen, reeds omdat de plaatsing van taken en bevoegdheden op verschillende niveaus ons arbitrair voorkomt. Bovendien schijnt het ons toe dat de basiswaarden van het strafvorderlijk systeem juist wel vertaling zouden moeten vinden in de juridische systematiek en in de rollen van de procesdeelnemers.

98 *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak' (G. Knigge & N.J.M. Kwakman), p. 181 e.v. en in het bijzonder p. 200 e.v.

99 *Idem*, p. 328 e.v. en p. 343 e.v.

op grondrechten, een argument oplevert om tot wettelijkeregeling over te gaan.¹⁰⁰ Het voorstel gaat dus verder dan de Grondwet eist. Ook de potentiële inbreuk op een grondrecht kan reden zijn voor wettelijke regeling. Het voordeel van deze benadering is dat bij de normering van opsporingsmethoden niet krampachtig behoeft te worden aangesloten bij de vage en vlottende omlijning van het recht op privacy. Als bijvoorbeeld de observatie van personen in de wet wordt geregeld *ongeacht* of door die methode de privacy wordt geschonden, verliest de vraag of de observatie in het concrete geval nu net wel, of juist nog niet inbreuk maakte op de privacy, haar betekenis.¹⁰¹ Vormen van observatie die een beperkte inbreuk maken op de privacy worden zo gedekt door een algemene regeling van de observatie. Daarmee is niet gezegd dat de wetgever alle vormen van observatie over één kam dient te scheren. Hij zal uiteraard verschil moeten maken tussen lichte en ingrijpende observatiemethoden. Wel wil gezegd zijn dat de wettelijke onderscheidingen op dit punt niet hoeven – en bij voorkeur ook niet dienen – samen te vallen met de in de praktijk moeilijk te hanteren begrenzing van het recht op privacy.

Meer regelen is niet hetzelfde als gedetailleerd regelen. In de voorgestelde, benadering van de wettelijke normering van opsporingsmethoden beslaat de wettelijkeregeling een breed terrein, maar is niet noodzakelijk gedetailleerd. Welke mate van detaillering vereist is, hangt kort gezegd af van ‘the circumstances’.¹⁰² Een belangrijke factor wordt daarbij gevormd door de ingrijpendheid van de methode. Bij weinig ingrijpende methoden kan een betrekkelijk globale regeling toereikend zijn. De vraag of een beperkte inbreuk op de privacy op de algemene opsporingsbevoegdheid kan worden gebaseerd, is in deze benadering niet langer *to the point*. De vraag die moet worden beantwoord is of een bepaalde opsporingshandeling, die niet expliciet in de wet is genoemd, past in het systeem van de wet en besloten ligt in het samenstel van de daarin uitdrukkelijk geregelde bevoegdheden. Als dat het geval is berust de opsporingshandeling op een wettelijke bevoegdheid, ook als sprake zou zijn van een beperkte inbreuk op een grondrecht.

Dit stelsel van geïmpliceerde bevoegdheden is ontwikkeld met het oog op de normering van de opsporingstaak. De achterliggende gedachte leent zich echter voor bredere toepassing. Steeds geldt dat een niet uitdrukkelijk in de wet geregelde handeling toelaatbaar is als zij past in het wettelijke stelsel en besloten ligt in hetgeen wél uitdrukkelijk is bepaald. Dat geldt ook als het gaat om een handeling die een beperkte inbreuk op een grondrecht maakt. Van die inbreuk kan dan immers gezegd worden dat zij berust op een belangenafweging die de wetgever geacht kan worden voor zijn rekening te hebben genomen. De vooronderstelling bij dit alles is wel dat op het desbetreffende terrein inderdaad sprake is van een min of meer uitgebalanceerd en richtinggevend wettelijk stelsel. De inspanningen van de wetgever dienen zich daarop te richten.

100 *Idem*, p. 324

101 In het Tweede interimrapport is dit voorbeeld nader uitgewerkt. A.w. p. 332 e.v.

102 Vergelijk hiervoor, onder 2.2.8. Zie voor de relevante factoren ook het Tweede interimrapport, a.w. p. 320 e.v. en p. 328 e.v. De uiteindelijke vraag is of er voldoende waarborgen zijn tegen willekeur, of de in het geding zijnde belangen zonder een meer gedetailleerde regeling voldoende zijn beschermd.

2.4.4 Concept van behoorlijke taakuitoefening

Zoals in de inleiding (§ 2.1) al werd opgemerkt draagt een regeling van het strafproces bij de wet een ander karakter dan het script van een toneelstuk, dat het doen en laten van de acteurs van minuut tot minuut vastlegt. De ‘acteurs’ in het strafproces hebben wel een rol, maar die rol moeten zij voor een belangrijk deel zelf invullen. De vraag is zagezien wat de wettelijke regeling kan bijdragen aan een goede of behoorlijke rolvervulling of taakuitoefening. Gedragsvoorschriften – regels die voorschrijven wat een bepaalde functionaris in een bepaalde situatie moet doen – zijn daarbij uiteraard van belang, maar dat belang moet niet worden overschat. In de eerste plaats omdat gedetailleerde regels waarvan niet mag worden afgeweken, gemakkelijk contraproductief kunnen werken. De starheid van de regel maakt dan dat in het concrete geval geen recht kan worden gedaan aan alle belangen die in het geding zijn. Voor een goede taakvervulling is anders gezegd een zekere beoordelingsvrijheid vereist. In de tweede plaats omdat de strikte naleving van zelfs de meest uitgebreide wettelijke regeling nog geen behoorlijke taakuitoefening garandeert. Men kan bijvoorbeeld de opsporingsmethoden nog zo nauwkeurig in de wet regelen, de bekwaamheid en het inzicht om daarvan een doelmatig gebruik te maken, kan men niet bij de wet afdwingen. En hoe uitgebalanceerd de regeling van het bewijsrecht op papier ook moge zijn, de zorgvuldigheid die, en het kritische vernuft dat, de rechter nodig heeft bij de waardering van het bewijsmateriaal, laten zich niet op commando realiseren.

Het is om deze redenen dat in het Eerste interimrapport is gesteld dat de verwezenlijking van een fair hearing niet moet worden gezocht ‘in de strikte naleving van starre procesvoorschriften, maar in een behoorlijke taakuitoefening of rolvervulling door de procesactoren’.¹⁰³ Daarmee wilde bepaald niet gezegd zijn dat procesvoorschriften als zodanig van nul en generlei waarde zijn. Afstand werd slechts genomen van het 19^e eeuwse legisme, van het geloof in de heilzame werking van de blinde naleving van starre regels. Procesvoorschriften behouden in deze benadering hun betekenis, maar die betekenis is gerelateerd aan het belang van een behoorlijke taakuitoefening. Behoorlijk is daarbij een taakuitoefening die niet willekeurig is, en die de uiteenlopende doelen van de strafvordering op een evenwichtige wijze realiseert. Dit centraal stellen van een behoorlijke taakuitoefening heeft verschillende implicaties. De belangrijkste daarvan zullen kort worden aangestipt. Enige herhaling is daarbij niet te vermijden.

De eerste implicatie is dat van de wetstoepasser, en meer in het bijzonder van de rechter, een ‘gedeformaliseerde’ omgang met de procesvoorschriften wordt verwacht. De rechter moet door de regels heen kijken naar het door die regels beschermde belang. De regeltoepassing moet met andere woorden recht pogen te doen aan de belangenafweging zoals die door de wetgever in de regels is ‘voorgestructureerd’.

De tweede implicatie is dat de wetgever de wetstoepasser beoordelingsvrijheid moet laten als dat nodig is om recht te doen aan de bijzonderheden van het geval en de veranderende omstandigheden. De wetgever kan – en moet – onder omstandigheden dan ook volstaan met betrekkelijk globale regels die in de

103 *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Algemeen Deel (Groenhuijsen & Knigge), p. 26.

jurisprudentie hun concretisering vinden. Over de vraag welke omstandigheden daarbij een rol spelen werden hiervoor, in het bijzonder onder 2.2.6, reeds denodige opmerkingen gemaakt.

De derde implicatie is dat de wetgever de realisering van een behoorlijk, dat wil zeggen aan zijn doelstellingen beantwoordend, strafproces niet uitsluitend moet zoeken in gedragsvoorschriften. Hij moet niet alleen procedureregels geven, maar ook waarborgen scheppen voor een behoorlijke taakuitoefening. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan benoemingsvereisten met betrekking tot bekwaamheid en integriteit. Daarbij kan ook gedacht worden aan voorzieningen met betrekking tot controle en toezicht, aan verantwoordingsplichten en aan eisen van transparantie.¹⁰⁴ Zo vormt de openbaarheid van het onderzoek ter zitting – die ‘public scrutiny’ mogelijk maakt – een zekere garantie voor een behoorlijke uitoefening van de rechterlijke taak. Hiervan belang is vooral, dat de contradictoire gedingstructuur zelf in belangrijke mate bijdraagt aan een behoorlijke taakuitoefening. De mogelijkheid die de verdediging krijgt om het bewijsmateriaal aan te vechten, kan een lichtvaardige vervolging voorkomen en bevordert, indien die mogelijkheid wordt benut, een kritische waardering door de rechter van het bewijsmateriaal. De rechter staat daarbij onder de controle van de andere procespartijen, die van zijn beslissingen in beroep kunnen gaan bij een hogere rechter. Omgekeerd staan het openbaar ministerie en de verdediging onder de controle van de rechter, die de leiding heeft over het onderzoek ter zitting en over vorderingen en verzoeken heeft te beslissen. Kortom, de aandacht van de wetgever zal, om een behoorlijke taakuitoefening te kunnen garanderen, primair moeten uitgaan naar het scheppen en zonodig versterken van een contradictoire gedingstructuur.

De vierde implicatie is dat de wetgever oog dient te hebben voor de processuele context waarin de taak wordt uitgeoefend en voor de factoren die in de gegeven situatie de taakuitoefening positief of negatief beïnvloeden. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de voorstellen die in het Eerste interimrapport zijn ontwikkeld met betrekking tot het recht getuigen op de zitting te ondervragen.¹⁰⁵ De geldende wettelijke regeling zet de rechter tot aan de zitting buiten spel. Zijn verantwoordelijkheid voor de realisering van het ondervragingsrecht kan hij pas waar maken als het onderzoek ter terechtzitting al een aanvang heeft genomen. De beslissing om alsnog bepaalde getuigen op te roepen betekent daarom onherroepelijk dat de behandeling moet worden uitgesteld. Dat is niet zonder bezwaar. Tegen uitstel verzetten zich legitieme belangen, namelijk het belang dat een strafproces binnen redelijke termijn wordt afgerond en het belang dat de schaarse zittingscapaciteit zo evenwichtig mogelijk wordt benut. Deze botsing van belangen werkt een terughoudende opstelling van de rechter in de hand. De rechter zal geneigd zijn alleen dan de oproeping van getuigen te bevelen, als daaraan echt niet valt te ontkomen. Om daarin verandering te brengen is een verandering

104 Transparantie en ‘accountability’ worden, samen met participatie, door Brants, Mevis en Prakken zelfs de drie kernelementen van een *fair hearing* genoemd. Zie hun bijdrage in: C.H. Brants, P.A.M. Mevis & E. Prakken (red.), *Legitieme strafvordering; Rechten van de mens als inspiratiebron in de 21^{ste} eeuw*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2001, p. 7 e.v.

105 *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 7, ‘De getuige in het strafprocesrecht; voorstellen voor een nieuwe regeling’ (A. den Hartog), p. 334 e.v.

in de ‘organisatie’ van het strafproces nodig. Daarom wordt in het Eerste interimrapport voorgesteld om het initiatief bij de voorzitter van de strafkamer te leggen, die al in een vroeg stadium, bij de appointering van de zaak, beslist over de vraag welke getuigen dienen te worden opgeroepen. Hij kan daarbij rekening houden met de wensen van het openbaar ministerie en de verdediging, en zich daartoe op informele wijze met hen verstaan.¹⁰⁶ Doordat de beslissing aldus ‘naar voren’ wordt geschoven, vallen de bezwaren tegen het oproepen van getuigen goeddeels weg. De gewenste verbetering met betrekking tot de verwezenlijking van het ondervragingsrecht is dus niet gezocht in een aanscherping van de bestaande wettelijke criteria, in preciezere zittingsvoorschriften, maar in het herscheppen van de processuele situatie.

De vijfde implicatie is dat de processuele situatie en de waarborgen die daarin besloten liggen, mede bepalend zijn voor de mate waarin gedetailleerde procesregels gewenst zijn. De toekenning van ruime bevoegdheden met de daarbij horende beoordelingsvrijheid hoeft niet bezwaarlijk te zijn als er voldoende waarborgen tegen misbruik tegenover staan. Omgekeerd kan het ontbreken van voldoende waarborgen een argument vormen om de wetstoepassing te binden aan betrekkelijk strak geformuleerde regels. Zo maakt het verschil of het gaat om bevoegdheden die door de rechter in het openbaar, ten overstaan van de procespartijen in een contradictoire setting worden uitgeoefend, dan wel om bevoegdheden die door een opsporingsambtenaar in het niet openbare vooronderzoek worden aangewend. Vandaar dat er meer reden is om het opsporingsonderzoek nader te normeren dan om de zittingsvoorschriften bij te punten. Vergelijk hiervoor, onder 2.2.5, waarin wordt gesteld dat deze benadering steun vindt in de eisen die het Europese Hof voor de Rechten van de Mens stelt aan de precisie van regelgeving die inbreuken op verdragsrechten moet legitimeren.

Het concept van een behoorlijke taakuitoefening berust, zo moge uit het voorgaande blijken, bepaald niet op een naïef vertrouwen in de bekwaamheid en de integriteit van de justitiële autoriteiten. Van de wetgever wordt juist uitdrukkelijk verlangd dat hij garanties inbouwt voor een goed functioneren. Voor zo ver vertrouwen wordt gesteld in een behoorlijke taakuitoefening, is dat vertrouwen gebaseerd op de waarborgen waarmee de wetgever die taakuitoefening heeft omgeven.¹⁰⁷ Dat vertrouwen is bovendien niet blind. Of daadwerkelijk sprake is van een behoorlijke taakuitoefening leent zich in beginsel voor empirische toetsing en is daarbij

106 Bij onoverbrugbare meningsverschillen zal de beslissing door de rechtbank genomen moeten worden op een openbare terechtzitting. Dat kan desgewenst een zogenaamde regiezitting zijn.

107 Zie ook de bijdrage van G. Knigge aan het slotcongres (‘Een leerzame geschiedenis; over de legaliteit in ons strafproces’, *D&D* 2003, p. 701 e.v.) waarin wordt betoogd dat de gevolgde benadering aansluit bij het gedachtegoed van de wetgever van 1926. De wetgever koos er in een overbekende passage uit de MvT niet voor om zich te laten leiden door ‘wantrouwen jegens de partijen’, een wantrouwen dat er toe zou leiden dat aan openbaar ministerie en verdachte alleen de allernoodzakelijkste rechten en bevoegdheden worden toegekend. De wetgever koos juist voor vertrouwen: ‘Men kan, vertrouwend op het beleid der personen, die met de vervolgingstaak zijn belast, hun (...) alle bevoegdheden verlenen, welke zij naar de omstandigheden kunnen behoeven, doch dan tevens aan alle bij het onderzoek betrokkenen zooveel rechten verlenen als met het belang van het onderzoek maar even bestaanbaar is.’ Het vertrouwen van de wetgever was daarbij niet gebaseerd op een onwankelbaar geloof in de goedheid van de mens, maar op de contradictoire structuur van het strafproces, waarin de ruime bevoegdheden van de vervolgende instantie hun tegenwicht vinden in de rechten van de verdediging, en waarin is voorzien in waarborgen tegen willekeur.

voorwerp van voortdurend debat. Mocht bijvoorbeeld in de praktijk blijken dat de autoriteiten het verdedigingsbelangstelselmatig tekort doen, dan zal de wetgever zich moeten afvragen of meer precieze, dwingende procesregels dit tekort aan rechtsbescherming kunnen verhelpen.

Het concept van de behoorlijke taakuitoefening heeft primair betrekking op de normering van het optreden van de justitiële autoriteiten. Van deze functionarissen wordt geëist dat zij zich bij hun optreden laten leiden door de doelen van het strafprocesrecht, dat wil zeggen door de belangen die in het strafproces bescherming verdienen (vergelijk hiervoor, onder 2.3.1). Die doelen of belangen vormen de maatstaf voor de behoorlijkheid van hun optreden. Dat geldt niet, of althans niet onverkort, voor het optreden van de raadsman. De raadsman heeft een veel vrijere rol, waarbij zijn vrijheid zelf de vertaling vormt van essentiële belangen (hiervoor, onder 2.3.4). De behoorlijkheid van het optreden van de raadsman moet dus naar 'eigen' maatstaven worden beoordeeld. Toch zijn er wel degelijk parallellen met het optreden van de justitiële autoriteiten, zodat het concept van een behoorlijke taakvervulling ook voor het optreden van de raadsman betekenis heeft. Zoals hiervoor, onder 2.4.2, al naar voren kwam is de kwaliteit van de rechtsbijstand een zorg van de wetgever. De monopoliepositie van de advocatuur (met de daaraan gekoppelde opleidingseisen) vormt een wettelijke waarborg op dit punt. Verder wordt de integriteit van de beroepsuitoefening gewaarborgd door binding aan gedragsregels en plaatsing onder tuchtrechtelijk toezicht. Deze combinatie van waarborgen schept vertrouwen in een behoorlijke taakuitoefening, op basis waarvan de raadsman bevoegdheden kunnen worden toegekend (inzage in de stukken; vrije toegang tot de verdachte) die men niet in handen van een ieder zou durven leggen. En ook hier geldt dat het vertrouwen niet blind hoeft te zijn, en dat dan ook zou kunnen blijken dat dit vertrouwen in de praktijk 'structureel' wordt beschaamd. Tegenmaatregelen zullen dan vermoedelijk niet uit kunnen blijven. Maar omdat het hier gelukkig vooralsnog om een hypothetische situatie gaat, heeft het weinig zin daarover te speculeren.

Nu dient te worden opgemerkt dat het voorgaande alleen opgaat voor de 'eigen' bevoegdheden van de raadsman, niet voor de bevoegdheden die hij namens zijn cliënt uitoefent. Deze bevoegdheden heeft de verdachte immers ook als hij geen raadsman heeft, zodat de toekenning ervan niet kan zijn gebaseerd op het vertrouwen dat in de advocatuur wordt gesteld. Wel zou kunnen worden gezegd dat een ruimhartige toekenning van verdedigingsrechten mede is gebaseerd op de verwachting dat daarvan in de praktijk een behoorlijk gebruik wordt gemaakt. Mocht die verwachting niet juist blijken te zijn, dan kan dat aanleiding vormen om op de verdedigingsrechten te beknibbelen. Zo is niet ondenkbaar dat het recht van de verdachte om in hoger beroep te gaan van een nietigverklaring van de dagvaarding, wordt geschrapt als van dat recht op grote schaal misbruik zou worden gemaakt.¹⁰⁸

108 Zie voor een incidenteel geval van misbruik HR 22 februari 1994, *NJ* 1994, 306 m.nt. Th.W.v.V.

2.5 Enkele bijzondere gevallen

2.5.1 Voorlopige hechtenis

In het Tweede interimrapport zijn voorstellen gedaan met betrekking tot het voorarrest.¹⁰⁹ Voorgesteld werd onder meer om de huidige ‘vierjaars-grens’ voor de toepassing van voorlopige hechtenis te laten vervallen, waarbij de mogelijkheid van een grens van een jaar werd opengelaten. De gedachte daarbij was dat het uitgangspunt van minimale toepassing van voorlopige hechtenis beter zou kunnen worden verwezenlijkt als die toepassing niet zou worden bepaald door abstracte grenzen en criteria. Door die grenzen los te laten zou de rechter als het ware gedwongen worden om de – ook op basis van het EVRM vereiste – noodzakelijkheidstoets serieus inhoud te geven. Zo zou bereikt kunnen worden dat de toepassing van het voorarrest beter afgestemd wordt, niet op de abstracte, maar op de concrete ernst van het feit.

Aan het voorstel lag ook nog een andere overweging ten grondslag. De onderzoeksgroep stelde voor de gronden voor de toepassing van voorlopige hechtenis in zoverre te verruimen, dat het voorarrest mede kon dienen ter verzekering van de bereikbaarheid van de verdachte en diens aanwezigheid op de zitting. De wenselijkheid daarvan kan zich ook voordoen bij delicten die relatief gezien minder ernstig zijn. Daarbij werd gedacht aan kortdurende vormen van voorarrest, nodig om de dagvaarding in persoon uit te reiken, of om de zaak via snelrecht af te doen. Ook dat vormde een argument om de grens van vier jaar los te laten.

Het streven van de onderzoeksgroep was steeds gericht op het mogelijk maken van maatwerk in het individuele geval. De gedachte daarbij was dat de afweging in concreto aan de rechter kon worden overgelaten, vooral omdat de contradictoire gedingstructuur van de raadkamerprocedure voldoende waarborgen zou bieden tegen lichtvaardige toepassing van voorarrest.

Het loslaten van de vierjaars-grens heeft zich in weinig bijval mogen verheugen. Op het in 2000 gehouden tweede Strafvordering 2001-congres werd op het voorstel direct al scherpe kritiek geoefend. Zo stelde Reijntjes dat het principe van elastische wetgeving hier wel (erg) ver wordt doorgevoerd. Waarom niet elke beperking geschrapt?, zo vroeg hij zich af. Hij wees voorts op de noodzaak van onderzoek naar de praktijk. Kwalitatieve en kwantitatieve gegevens over de huidige praktijk achtte hij voor de discussie onontbeerlijk.¹¹⁰ Traest noemde het loslaten van de grens van vier jaar ‘wonderlijk’. Hij wees erop dat er in het algemeen goede gronden kunnen zijn voor abstracte wettelijke grenzen. Hij trok in dit verband een vergelijking met de abstracte strafmaxima, die ook niet worden losgelaten hoewel de ernst van het feit in concreto bij de straftoemeting bepalend dient te zijn. Maar met die kritiek kon volgens Traest niet worden volstaan. Er diende tevens te worden gekeken naar de concrete toepassing van de voorgestelde

109 *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 6, ‘Voorarrest’ (J. uit Beijerse & J.B.H.M. Simmelink), p. 643 e.v.

110 J.M. Reijntjes, ‘De toekomst van het voorbereidend onderzoek’, *D&D* 2001, p. 282 e.v.

regeling en de effecten daarvan. Hij vreesde per saldo een verruiming van de toepassing van voorarrest.¹¹¹

Aandacht verdient dat deze kritiek zich niet zozeer lijkt te richten op het gehanteerde legaliteitsconcept als zodanig, maar meer op de toepassing die daaraan in dit geval is gegeven. Men vreesde vooral de effecten van de voorgestelde regeling. Die zou in de praktijk van haar toepassing anders uitpakken dan de onderzoeksgroep voor ogen stond. Deze nadruk op de empirische kant van de zaak vindt men ook terug in de kritiek die door Mols is geuit op het Rotterdamse congres 'Strafvordering 2001 ter discussie'.¹¹² Mols stelt voorop dat voor de algemene benadering van de onderzoeksgroep 'veel valt te zeggen'. Hij betwijfelt echter sterk of de ontwikkelde algemene uitgangspunten wel 'onverkort' kunnen worden toegepast op de voorlopige hechtenis. Het loslaten van de vier jaars-grens leidt zijns inziens 'tot een aanmerkelijk grote rechterlijke vrijheid die door de geschiedenis op het stuk van het voorarrest (...) niet wordt gerechtvaardigd'.

Zoals hiervoor, onder 2.2.6 en 2.2.8, al is betoogd biedt het gehanteerde legaliteitsconcept uitdrukkelijk ruimte voor een debat over de vraag of en in hoeverre in de gegeven situatie op een behoorlijke taakuitoefening door de rechter mag worden vertrouwd. Of dat vertrouwen *feitelijk* gerechtvaardigd is, moet in de praktijk blijken. De verwachtingen die de wetgever daarover vooraf heeft, kunnen dan ook niet gerechtvaardigd (blijken te) zijn. Het is op dit punt dat de kritiek zich concentreert. Het vertrouwen dat de onderzoeksgroep in de rechter en in de contradictoire raadkamerprocedure stelde, wordt kennelijk niet gedeeld. De verwachtingen die de onderzoeksgroep koesterde met betrekking tot de effecten van een strenge noodzakelijkheidstoets worden door de critici niet realistisch geacht.

De onderzoeksgroep heeft zich de kritiek aangetrokken. Daarom wordt thans voorgesteld om te differentiëren tussen in verzekeringstelling en bewaring enerzijds, en gevangenhouding en gevangenneming anderzijds. Voor gevangenhouding en gevangenneming blijft de bestaande grens van vier jaar gelden. In verzekeringstelling en bewaring daarentegen worden mogelijk bij misdrijven waarop één jaar gevangenisstraf of meer is gesteld. Op deze wijze is een *wettelijke* garantie ingebouwd tegen langdurig voorarrest voorlichte feiten. Aan de andere kant wordt bereikt dat kortdurend voorarrest mogelijk is bij delicten waarop minder dan vier jaar gevangenisstraf is gesteld. Dat kortduren de voorarrest kan als gezegd wenselijk zijn om de dagvaarding in persoon uit te reiken of toepassing van snelrecht mogelijk te maken.

111 Ph. Traest, 'Strafvordering 2001: een reactie op de voorstellen in het tweede interimrapport inzake het vooronderzoek in strafzaken', *D&D* 2001, p. 293 e.v.

112 Men moet voor deze bijdrage te rade gaan bij de destijds uitgebrachte congresbundel 'Strafrechtcongres: straffvordering 2001 ter discussie', Rotterdam: opleidingscentrum voor Recht en Praktijk 2003, p. 23-31. In het uiteindelijke boek (C.H. Brants, P.A.M. Mevis, E. Prakken & J.M. Reijntjes (red), *Op zoek naar grondslagen; Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003) is de bijdrage van Mols niet terug te vinden.

2.5.2 Nietigheden

2.5.2.1 Juridisch kader

Nietigheid van rechtswege kent ons strafproces niet. In bepaalde gevallen wordt van de rechter gevraagd een handeling nietig te verklaren of een beslissing te vernietigen wegens een daaraan klevend gebrek.¹¹³ Daarbij kunnen twee groepen gevallen worden onderscheiden.

1. De gevallen waarin de rechter een beslissing moet nemen over de vraag of de procespartijen rechtsgeldig zijn gedagvaard of opgeroepen.¹¹⁴ De betekenisvoorschriften zoals die zijn te vinden in de art. 588 en 589 Sv vormen daarbij de belangrijkste bron van nietigheden. Ook andere gebreken kunnen echter tot de nietigverklaring van de dagvaarding of de oproeping leiden. Men denke slechts aan het voorschrift van art. 261 Sv.
2. De gevallen waarin tegen een beslissing een rechtsmiddel is aangewend en de rechter moet beoordelen of de bestreden beslissing wegens verzuim van vormen moet worden vernietigd. De zittingsvoorschriften en de motiveringseisen fungeren daarbij als bron van nietigheden.¹¹⁵ Dit geval is eigenlijk alleen in cassatie van groot praktisch belang. Omdat de vernietiging in appel niet tot gevolg heeft dat de zaak wordt teruggewezen naar de eerste aanleg, heeft vernietiging hier alleen symbolische betekenis. De meeste hoven plegen het vonnis waarvan beroep standaard te vernietigen, zodat vernietiging wegens vormverzuim zelfs in het geheel geen *issue* meer is.

Het verhandelde in deze paragraaf heeft uitsluitend op deze twee groepen van gevallen betrekking. De vraag is of en zo ja in hoeverre de wet moet aangeven op welke gronden de rechter tot nietigverklaring of vernietiging moet overgaan. Welke beoordelingsvrijheid komt de rechter toe bij de vraag of een vormverzuim tot nietigheid leidt?

Voor een goed begrip van deze (beperkte) vraagstelling zij het volgende voorop gesteld. Zoals uit de weergave van de twee groepen gevallen blijkt, doet het vraagstuk van de nietigheden zich alleen in een specifieke procedurele context voor. De nietigheid vormt niet de inzet van een zelfstandige, in de nietigverklaring of de vernietiging uitmondende procedure. De nietigheidsvraag wordt gesteld in procedures die zelf een andere inzet hebben. In die procedures vormt de nietigverklaring of de vernietiging een soort tussenstap. Die beslissingen vormen niet het definitieve einde van de procedure.¹¹⁶

Nauw met het voorafgaande samenhangt dat de nietigheid als ‘sanctie’ niet op zichzelf staat. Die sanctie heeft consequenties die afhankelijk zijn van de

¹¹³ Vernietiging van beslissingen om inhoudelijke redenen (er moet een *andere* beslissing volgen) wordt hier buiten beschouwing gelaten.

¹¹⁴ Hiertoe kan ook gerekend worden het geval waarin de Hoge Raad moet beoordelen of de rechtsdag rechtsgeldig is meegedeeld (art. 436 lid 2 Sv).

¹¹⁵ Onder zittingsvoorschriften worden hier gemakshalve ook de regels voor de behandeling door de raadkamer en voor het doen van uitspraak begrepen.

¹¹⁶ De nietigverklaring van de inleidende dagvaarding vormt daarbij in zoverre een buitenbeentje, dat die beslissing formeel een einduitspraak is. De officier van justitie kan echter de vervolging doorzetten en een nieuwe dagvaarding uitbrengen. Als hij daarvan afziet, eindigt de procedure zonder dat over de inzet ervan een oordeel is geveld.

procedurele context waarin de nietigheid wordt uitgesproken. Zo heeft de beslissing dat de oproeping nietig is, als consequentie dat opnieuw moet worden opgeroepen.¹¹⁷ In feite is dat dus wat de rechter beslist. Als de Hoge Raad de bestreden beslissing vernietigt, is de consequentie daarvan dat opnieuw recht gedaan moet worden. Dat kan de Hoge Raad soms zelf doen, maar meestal zal de zaak worden verwezen of teruggewezen naar de feitenrechter. Vernietiging in cassatie is dus in feite de beslissing dat de zaak opnieuw moet worden behandeld en beslist. Als de vernietiging geen consequenties heeft – zoals in appel waarin steeds een nieuwe behandeling van de zaak plaats heeft – is zij al snel zinledig. De appelrechter vernietigt ‘voor alle zekerheid’.¹¹⁸

Aandacht verdient dat buiten de geschetste procedurele context voor nietigverklaring of vernietiging wegens vormverzuim geen plaats is. Zo kan een dagvaarding die tijdig is ingetrokken, niet nietig worden verklaard. Zo ook kan schending van een zittingsvoorschrift niet tot nietigheid van het onderzoek ter zitting leiden als tegen de beslissing niet tijdig een rechtsmiddel is ingesteld. Voorts geldt dat een ‘nietige’ betekening van een kennisgeving van niet verdere vervolging, niet tot de nietigverklaring van die kennisgeving leidt.¹¹⁹ En, laatste voorbeeld, een onjuiste oproeping van een persoon die niet als procespartij kan worden beschouwd, bijvoorbeeld een getuige, leidt niet tot de nietigverklaring van die oproeping.

Een en ander is begrijpelijk, zo niet vanzelfsprekend, als voor ogen wordt gehouden dat nietigverklaring en vernietiging geen op zichzelf staande sancties zijn, maar beslissingen die genomen worden met het oog op bepaalde consequenties. Aan nietigverklaring van een ingetrokken dagvaarding bestaat geen behoefte bij gebreke aan enige consequentie. Het nietig verklaren van het onderzoek ter zitting ontbeert redelijke zin als de daarop gebaseerde beslissing in stand blijft, terwijl vernietiging van die beslissing buiten het gesloten stelsel van rechtsmiddelen om onaanvaardbaar is. Het zou absurd zijn als de consequentie van een onjuiste betekening van een kennisgeving van niet verdere vervolging is dat de verdachte aan die kennisgeving geen rechten kan ontlenen. Aan nietigverklaring van de oproeping van een getuige bestaat geen behoefte, omdat de vraag of een niet verschenen getuige opnieuw moet worden opgeroepen, daarvan niet afhankelijk is. De hoofdregel is dat de getuige opnieuw moet worden opgeroepen, ook als de oproeping wél geldig is. De al dan niet rechtsgeldigheid van de oproeping kan bij de vraag naar de uitzonderingen op de hoofdregel weliswaar een factor van belang zijn – in het bijzonder bij de vraag of onaannemelijk is dat de getuige na een nieuwe oproeping zal verschijnen (art. 288 lid 1 sub a Sv)¹²⁰ –, maar een

117 Hetzelfde geldt m.m. als de appeldagvaarding wordt nietig verklaard. Zoals in de vorige noot reeds werd aangestipt, zijn de consequenties van een nietigverklaring van de inleidende dagvaarding enigszins anders. De beslissing van de rechter komt er hier feitelijk op neer dat een nieuwe dagvaarding moet worden uitgebracht *als het openbaar ministerie de zaak wil doorzetten*.

118 Dit omdat het ten onrechte bevestigen van het beroepen vonnis consequenties kan hebben als tegen de uitspraak van de appelrechter cassatie wordt ingesteld.

119 Fouten bij de betekening van de kennisgeving van verdere vervolging monden evenmin uit in de nietigverklaring van die kennisgeving. Wel leiden dergelijke fouten onder omstandigheden tot de niet-ontvankelijkheid van het OM. Vergelijk HR 9 juni 1987, *NJ* 1988, 196. Hetzelfde gold voor de vroeger voorgeschreven betekening van de sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek. Zie HR 30 oktober 1991, *NJ* 1991, 237.

120 Zie bijvoorbeeld HR 26 januari 1993, *NJ* 1993, 535.

afzonderlijke *beslissing* daarover is de rechter niet opgedragen. Een dergelijke beslissing mist redelijke zin als daaraan geen consequenties zijn verbonden.

Naar uit het voorgaande al enigszins bleek, wil het feit dat een vormverzuim niet tot nietigverklaring of vernietiging leidt, niet zeggen dat daaraan geen gevolgen kunnen worden verbonden. Zo is de 'nietigheid' van de oproeping van een getuige niet alleen van belang voor de vraag of opnieuw moet worden opgeroepen, maar ook voor de vraag of de niet verschenen getuige zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit.¹²¹ De vraag of een ingetrokken dagvaarding rechtsgeldig is betekend, kan consequenties hebben voor de (stuiting van de) verjaring. Niet ondenkbaar is voorts dat de schending van een zittingsvoorschrift andere consequenties heeft dan de vernietiging van de uitspraak. Als bijvoorbeeld de verdachte op de zitting niet de cautie is gegeven, zal – zo kan althans verdedigd worden – diens verklaring in beginsel niet voor het bewijs mogen worden gebezigd, ook niet als daarna het onderzoek op de zitting opnieuw is aangevangen en aan dat opnieuw aangevangen onderzoek geen enkele gebrek kleefte.¹²² In het verlengde van dit alles ligt, dat nietigverklaring of vernietiging niet het enige gevolg van het verzuim behoeft te zijn. Zo heeft een verkeerd opgemaakte akte van betekening niet alleen gevolgen voor de geldigheid van de inleidende dagvaarding, maar in bepaalde gevallen ook voor de ontvankelijkheid van het ogenschijnlijk te laat ingestelde hoger beroep.¹²³

Schending van vormvoorschriften kan kortom velerlei consequenties hebben. De vraag of een vormverzuim tot nietigheid moet leiden, maakt zogezien deel uit van de veel bredere vraag welke gevolgen in welke gevallen adequaat zijn als reactie op onregelmatigheden in de procesgang. Die veel bredere vraag is hier niet aan de orde.¹²⁴ Het betoog concentreert zich als gezegd op de twee groepen van gevallen waarin van de rechter wordt gevraagd te beslissen of een handeling of beslissing al dan niet nietig verklaard of vernietigd moet worden. De vraag is slechts welke criteria de rechter bij het nemen van die beslissing moet hanteren, of preciezer gezegd: of en in hoeverre die criteria in de wet moeten worden vastgelegd. Intussen maakt het gesignaleerde verband met de bredere vraagstelling wel duidelijk waarom het bij de door de rechter te hanteren criteria dient te gaan. De vraag is wanneer nietigverklaring of vernietiging een adequate reactie vormt op een geconstateerde onregelmatigheid. Dat zal het geval zijn als het verzuim van dien aard is, dat een nieuwe dagvaarding of oproeping, dan wel een nieuwe behandeling van de zaak in de gegeven omstandigheden aangewezen is. Veel is daarmee nog niet gezegd, maar een begin van een antwoord vormt het wel.

121 Bestanddeel van zowel art. 192 Sr als van art. 444 Sr is, dat de getuige 'wettelijk' is opgeroepen.

122 In het algemeen geldt dat het gebruik van de eerdere opgave van de verdachte nadat het onderzoek opnieuw is aangevangen, toelaatbaar is. Zie onder meer HR 21 maart 1995, *NJ* 1995, 708 en HR 16 dec. 1997, *NJ* 1998, 387. Opgemerkt zij nog dat het huidige art. 359a Sv zich beperkt tot vormverzuimen begaan in het voorbereidend onderzoek. Die beperking lijkt iets te rigoureus.

123 Zie bijvoorbeeld HR 28 oktober 1986, *NJ* 1987, 446.

124 In deelrapport 3 (Baaijens-van Geloven, 'De rechtsgevolgen (sanctionering) van onregelmatigheden in het opsporingsonderzoek') wordt ingegaan op de problematiek van art. 359a Sv.

2.5.2.2 Kritiek op het geldende recht

De Wet vormverzuimen introduceerde in 1996 op voorstel van de Commissie Moons een nieuw ordenend principe, dat berustte op een duidelijke taakverdeling tussen wetgever en rechter. Uitgangspunt diende te zijn dat de wetgever de in acht te nemen vormvoorschriften vaststelt en dat het aan de rechter is om de rechtsgevolgen van schending van die voorschriften te bepalen. Dat betekende dat de meeste van de tot dan toe in de wet opgenomen ‘formele’ nietigheden werden geschrapt. Voor een dergelijke nietigheid was voortaan alleen nog plaats als ‘de gerede verwachting bestaat dat zich geen, ook niet het lichtste, geval laat denken waarin nietigheid als een te zware sanctie wordt ervaren’.¹²⁵ Het resultaat is dat de rechter aan de ene kant grote vrijheid wordt gelaten bij de vraag of een vormverzuim tot nietigverklaring of vernietiging moet leiden, maar dat hem aan de andere kant iedere beoordelingsvrijheid is ontnomen in de gevallen waarin de wet de niet-naleving van het voorschrift met nietigheid ‘bedreigt’. Het systeem van de wet sluit ‘relativering’ van een dergelijke nietigheid uit.¹²⁶

Deze systematiek strookt maar zeer ten dele met de door de onderzoeksgroep verdedigde benadering. Wat aanspreekt is dat de rechter de ruimte krijgt om in het concrete geval, op grond van een afweging van belangen, te bepalen of nietigverklaring of vernietiging aangewezen is. Wat niet aanspreekt is dat de wet de rechter daarbij geen houvast biedt. De wetgever heeft, door de beslissing geheel aan de rechter over te laten, de belangenafweging in geen enkel opzicht voorgestructureerd.

Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van de wettelijke regeling inzake de betekening van de dagvaarding. Vóór de inwerkingtreding van de Wet vormverzuimen bepaalde art. 590 lid 1 Sv uitdrukkelijk dat niet-naleving van de voorschriften van art. 588, eerste en derde lid, en art. 589 Sv tot de nietigheid van de betekening diende te leiden. Op die hoofdregel maakte art. 590 lid 2 Sv een tweetal uitzonderingen. De nietigheid moest voor gedekt worden gehouden als de verdachte ter zitting was verschenen en als bleek dat de niet verschenen verdachte van de zitting op de hoogte was. Hoofdregel en uitzonderingen wezen de rechter de weg. Niet alleen konden de meeste gevallen aan de hand daarvan worden beslist, de geformuleerde uitzonderingen maakten ook duidelijk dat de sanctionering van verzuimen volgens de bedoeling van de wetgever beheerst diende te worden door het doel van de betekening voorschriften: waarborgen dat de verdachte op de hoogte is van de terechtzitting zodat hij die kan bijwonen. Daarmee bood art. 590 lid 2 Sv-oud een aanknopingspunt voor verdere jurisprudentiële uitbouw en verfijning van de regeling. De Hoge Raad oordeelde dat het niet naleven van het bepaalde in art. 588, *tweede lid*, waaraan de wet geen nietigheid verbond, een substantiële nietigheid opleverde omdat het door de regeling beschermde belang daarom vroeg.¹²⁷ Omgekeerd was

125 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 3, 4. Zie voorts G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1993*, Gouda Quint: Arnhem 1993, p. 18.

126 In die zin ook G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 4^e druk, Kluwer 2002, p. 727. Corstens, *a.w.*, p. 726, wijst er tevens op dat art. 431 Sv alleen nog betrekking heeft op de weinige formele nietigheden die zijn overgebleven.

127 Zo reeds HR 1 november 1983, *NJ* 1984, 275 met betrekking tot het vóór 1 oktober 1985 geldende art. 588 lid 4 Sv-oud. Ten aanzien van art. 588 lid 6 Sv-oud, dat van 1985 tot 1994 van kracht was, werd in gelijke zin geoordeeld. Zie bijvoorbeeld HR 13 juni 1995, *NJ* 1995, 673. Op 1 oktober 1994 trad de huidige betekeningregeling in werking, waarbij de regeling van art. 588 lid 6 Sv-oud een plaats kreeg in art. 588 lid 2 Sv. Die regeling veranderde daarbij

er enige ruimte om ook in andere gevallen dan de twee die in art. 590 lid 2 Sv-oud waren genoemd, de wettelijke nietigheid te relativëren als aan het beschermde belang door het verzuim geen afbreuk was gedaan.¹²⁸

Met de inwerkingtreding van de Wet vormverzuimen verdween art. 590 Sv uit de wet. Echter niet voor lang. Omdat ook art. 590, derde lid was vervallen, achtte de wetgever ‘reparatie’ nodig. Dat derde lid keerde daarom in 1998 in een nieuw, thans nog geldend art. 590 Sv terug, en wel als tweede lid. Daaraan vooraf ging (en gaat) een nieuw eerste lid, dat bepaalt dat de rechter de dagvaarding nietig *kan* verklaren als de uitreiking niet volgens de voorschriften heeft plaats gehad.¹²⁹ Veel zegt dat eerste lid niet. Het stelt slechts buiten twijfel dat de rechter de *mogelijkheid* heeft om de niet-naleving van de betekeningsvoorschriften met nietigheid te sanctioneren. Wanneer de rechter van die mogelijkheid gebruik moet of mag maken, wordt geheel in het midden gelaten. Ieder richtsnoer ontbreekt. Art. 590 Sv biedt zowel de ruimte om een dagvaardig die in strijd met alle voorschriften is uitgereikt, geldig te achten, als om een dagvaarding waarop de verdachte is verschenen, nietig te verklaren.

Het is op zich merkwaardig dat de wetgever het nodig heeft gevonden om een nieuw art. 590 lid 1 Sv in het leven te roepen. Het artikellid is namelijk, als geredeneerd wordt vanuit het in de Wet vormverzuimen neergelegde uitgangspunt, overbodig.¹³⁰ De rechter heeft volgens dat uitgangspunt immers steeds de mogelijkheid om aan de niet-naleving van een vormvoorschrift nietigheid te verbinden. Dat hoeft de wet niet telkens met zoveel woorden te bepalen. Art. 590 lid 1 Sv roept daardoor misschien wel meer twijfel op dan dat het wegneemt. In dat artikellid wordt art. 588, *tweede lid* Sv niet genoemd. Wil dat zeggen dat de rechter aan de niet-naleving van het daarin bepaalde *geen* nietigheid kan verbinden?¹³¹

De verwarring wordt er niet minder op als art. 278 lid 1 Sv – ingevoerd in ... – in de beschouwing wordt betrokken. Dat artikellid bepaalt dat de rechter de nietigheid van de dagvaarding uitspreekt als deze niet op de juiste wijze is uitgereikt. Tegenover de vrijheid die art. 590 lid 1 Sv de rechter toedicht, staat dus een dwingend geformuleerd voorschrift. Betekent dat voorschrift dat de rechter de dagvaarding ook dan nietig moet verklaren als blijkt dat de verdachte met de zittingsdatum bekend is? Art. 590 lid 2 Sv-oud beantwoordde die vraag ontkennend, maar dat artikellid bestaat niet meer.

Van het duidelijke kompas dat de wet de rechter vóór 1996 bood, is dus weinig overgebleven. Toegegeven moet worden dat dit in de praktijk weinig problemen oplevert. Die praktijk laat zien dat de rechter de jurisprudentie van vóór de Wet vormverzuimen eenvoudig trouw is gebleven. De rechter weet dus wel wat de

van karakter. Anders dan art. 588 lid 6 Sv-oud bevat art. 588 lid 2 *geen aanvullend* voorschrift met betrekking tot de uitreiking, maar regelt het de uitreiking zelf. Er was dus geen reden meer om het tweede lid van art. 588 anders te behandelen dan het eerste en het derde lid, zodat het niet-vermelden van dat tweede lid in art. 590 lid 1 Sv als een misser moet worden beschouwd. Vergelijk H.M.E. Laméris-Tebbenhoff Rijnenberg, *Dagvaarding en berechting in aanwezigheid*, Amsterdam: Thesis Publishers 1998, p. 115.

128 In deze zin althans A. Dijkstra, *Vademecum Strafzaken*, De Hoge Raad was terughoudend (zie HR 8 oktober 1986, *NJ* 1986, 386), maar sloot relativering niet geheel uit. Zie bijvoorbeeld HR 30 januari 1990, *NJ* 1990, 456.

129 Wet van 15 januari 1998, *Stb.* 35, inwerkingtreding 2 februari 1998. Zie voor de wetsgeschiedenis de Nota van Wijziging bij wetsvoorstel 24 834, no. 7. Volgens de Minister was reparatie nodig omdat het gehele art. 590 was vervallen. ‘Twee leden van dat artikel dienen echter te worden gehandhaafd en worden hierbij opnieuw ingevoegd.’ Deze voorstelling van zaken was enigszins misleidend. Van het oude art. 590 keerde alleen het derde lid terug. Het nieuwe eerste lid kwam niet in het oude artikel voor, althans niet in die vorm.

130 In die zin H.M.E. Laméris-Tebbenhoff Rijnenberg, *a.w.*, p. 114.

131 Aangenomen moet worden dat de wetgever eenvoudig is afgegaan op de oude wettekst, waarin naar wij zagen art. 588 lid 2 ook niet werd genoemd.

bedoeling is. Hij moet zich, in plaats van op de geldende wet, oriënteren op de oude regelgeving en de op basis daarvan gevormde jurisprudentie. Dat kan moeilijk als een vooruitgang worden begroet.

Het is niet alleen het gebrek aan houvast dat niet aanspreekt. Wat ook niet aanspreekt is de starheid van de wet in de schaarse gevallen waarin de wet wél nietigheid op het niet-naleven van het voorschrift stelt. Iedere mogelijkheid om ‘in concreto’ recht te doen aan de eigenaardigheden van het geval wordt de rechter ontnomen.

In dit verband kan gewezen worden op HR 4 april 2000, *NJ* 2000, 633. Het gerechtshof had het onderzoek op de openbare zitting onderbroken en had de raadsvrouw van de verdachte gelegenheid gegeven om haar verzoek een bepaalde getuige te horen, in raadkamer in aanwezigheid van de procureur-generaal toe te lichten. Dat betekende dat in strijd met art. 269 Sv niet het gehele onderzoek in het openbaar was gehouden. De Hoge Raad stelde uitdrukkelijk de vraag aan de orde of dit verzuim in dit geval tot nietigheid diende te leiden. Uit de – uitvoerig weergegeven – parlementaire geschiedenis van de Wet vormverzuimen leidde hij af dat die vraag bevestigend moest worden beantwoord. De wetgever had een ‘strikte handhaving’ van de in art. 269 Sv vervatte regeling beoogd. ‘Onder die omstandigheden staat het de Hoge Raad niet vrij cassatie achterwege te laten.’ Heel consequent lijkt de lijn van de Hoge Raad overigen niet te zijn. De Wet vormverzuimen handhaafde de wettelijke nietigheden die op het niet-naleven van de art. 358 en 359 Sv waren gesteld. Op grond daarvan zou men verwachten dat elk motiveringsgebrek voortaan tot cassatie zou leiden. De jurisprudentie bleef hier echter even relativerend gebleven als voorheen. Men zie als betrekkelijk willekeurig voorbeeld HR 11 december 2001, *NJ* 2002, 85: het verzuim om op een 358 lid 3-verweer te beslissen behoefde niet tot cassatie te leiden omdat dat verweer slechts kon worden verworpen en de Hoge Raad kon uitleggen waarom.¹³²

Bij het aan de Wet vormverzuimen ten grondslag liggende orderingsprincipe kunnen vraagtekens worden geplaatst. Zo is direct al de vraag – als het de taak is van de rechter om te bepalen wat de rechtsgevolgen van vormverzuimen zijn – waarom niet aan de rechter kan worden overgelaten om uit te maken of een bepaald vormverzuim een absolute nietigheid oplevert. De vraag is met andere woorden of het in de wet opnemen van formele nietigheden wel bij de geproclameerde taakverdeling past.

Een volgende vraag is of de taakverdeling zelf wel deugt. Zij is in elk geval nogal schematisch. Dat de wetgever de voorschriften vaststelt, moge waar zijn, maar even waar is dat de rechter daarbij een aanvullende en corrigerende vervult. Zie daarover hiervoor, in het bijzonder paragraaf 2.2.7. Bij de vorming van processuele regels hebben dus de wetgever en de rechter beiden een taak. De vraag is uiteraard waarom niet hetzelfde zou kunnen gelden met betrekking tot de sanctionering. Waarom zou ook hier niet de taakverdeling kunnen zijn dat de wetgever de grote lijnen trekt, en de rechter voor de verfijning zorgt? In de MvT wordt gesteld dat formele nietigheden die door de rechter kunnen worden gerelativeerd, geen zin hebben en tot rechtsonzekerheid leiden. Dat is een merkwaardig argument, omdat de rechtsonzekerheid alleen maar wordt vergroot

132 Zie ook HR 3 juli 2001, *NJ* 2001, 535, dat betrekking heeft op de nietigheid van art. 330 Sv.

als de wet *niets* bepaalt over de consequenties van het vormverzuim. De schrapping van art. 590 Sv illustreert dat. Wellicht is de nogal legistisch aandoende gedachte geweest dat de rechter geen uitzondering mag maken op de wettelijke regels, of althans dat de wetgever alleen maar regels in de wet dient op te nemen waarvan de rechter niet hoeft af te wijken. Dat is bepaald niet de taakverdeling die in dit rapport wordt verdedigd.

Een derde en laatste vraag is of het onderscheid waarop de voorgestane taakverdeling is gebaseerd, deugdelijk is.¹³³ De gedachte is kennelijk geweest dat vormvoorschriften regels van andere orde zijn dan sancteringsvoorschriften, en dat dit verschil in karakter een verschil in benadering rechtvaardigt. Dat echter is kwestieus. Naar hierboven voorop werd gesteld, gaat het bij het nietig verklaren of vernietigen van handelingen en beslissingen niet om op zichzelf staande sancties, maar om beslissingen die genomen worden met het oog op bepaalde procedurele consequenties. De wettelijke terminologie ('op straffe van nietigheid') suggereert wel dat het bij het vernietigen van handelingen en uitspraken gaat om het bestraffen van degene die voor het verzuim verantwoordelijk was, maar dat is bij nadere beschouwing niet het geval. Er wordt geen schuld vergolden, maar beslist hoe verder moet worden geprocedeerd als blijkt dat aan de rechtsgang gebreken kleven.

Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Tot 1992 was de tien dagen-termijn van art. 265 Sv op straffe van nietigheid voorgeschreven. Die nietigheid werd gedekt door de vrijwillige verschijning ter zitting (art. 265 lid 3 Sv-oud). Het niet in acht nemen van die termijn betekende dus dat een nieuwe dagvaarding moest worden uitgebracht, tenzij de verdachte was verschenen. De Wet van 27 november 1991, *Stb.* 1991, 663 veranderde de regeling. Thans geldt dat het onderzoek moet worden geschorst als de verdachte niet is verschenen, hetgeen meebrengt dat die verdachte voor de nadere zitting moet worden opgeroepen. Erg groot is het verschil tussen de ene en de andere regeling niet. In beide gevallen wordt aangegeven wat de procedurele consequenties zijn van het termijnverzuim. Waarom de ene procedurele oplossing wél tot de taak van de wetgever hoort, en de andere niet, valt niet goed in te zien.

Het bloed van de wetgever kruipt waar het van de Wet vormverzuimen niet gaan mag. Een wettelijke regeling van een zo gevoelig onderwerp als de berechting van afwezige verdachten, laat zich zonder de uitdrukkelijke voorwaarde dat de dagvaarding geldig moet zijn betekend, moeilijk denken. Het is dus op zich begrijpelijk dat art. 278 lid 1 Sv – in afwijking van het door de Wet vormverzuimen geïntroduceerde stelsel – bepaalt dat de rechter de dagvaarding moet nietig verklaren als de betekening ervan niet deugt. Als het wel de taak van de wetgever is om te bepalen dat de rechtbank een door of namens de niet verschenen verdachte gedaan verzoek om uitstel kan inwilligen¹³⁴, waarom zou hij dan over wezenlijker zaken moeten zwijgen?

De Wet vormverzuimen is mede ingegeven door de – in de tekst van art. 359a Sv tot uitdrukking gebrachte – gedachte dat het herstel van verzuimen de voorkeur verdient boven de sanctiëring ervan. Die tegenstelling tussen herstel en sanctiëring gaat in elk geval voor het leerstuk van de nietigheden niet op. Door voor te schrijven dat een onjuist betekende dagvaarding nietig is, geeft de wetgever

¹³³ Vergelijk G. Knigge, *De strafvordering in het geding*, pre-advies NJV 1994, p. 95 e.v.

¹³⁴ Zie art. 278 lid 3 Sv.

immers aan hoe de fout moet worden hersteld: door het uitbrengen van een nieuwe dagvaarding. Met het verbinden van nietigheid aan de niet-naleving van essentiële zittingsvoorschriften, is het niet anders gesteld. De wetgever geeft daarmee aan dat die fout moet worden hersteld door een nieuwe behandeling van de zaak. Dat is een niet geringe ingreep in de normale procesgang, en het is daarom in de eerste plaats de wetgever die moet bepalen in welke gevallen een dergelijke ingreep aangewezen is.

2.5.2.3 Voorstel voor nieuwe regeling

Op grond van het voorgaande stelt de onderzoeksgroep voor te breken met de systematiek van de Wet vormverzuimen. Tot de taak van de wetgever behoort dat hij regelt wat er moet gebeuren als essentiële procesregels niet zijn nageleefd. Dat wil niet zeggen dat een uitputtende regeling is vereist. De wetgever doet er verstandig aan ruimte te laten voor een belangenafweging door de rechter in het concrete geval. Hij zal echter wel het kader moeten scheppen waarin die belangenafweging gestalte kan krijgen.

Aan de te regelen materie zijn twee aspecten te onderscheiden. Het eerste aspect betreft de vraag welke voorschriften zo wezenlijk zijn dat nietigverklaring of vernietiging van de desbetreffende handeling of beslissing aangewezen is. Het tweede aspect betreft de vraag wanneer de nietigheid voor gedekt kan worden gehouden, ofwel in welke gevallen van nietigverklaring of vernietiging mag worden afgezien ondanks het feit dat een essentiële procesregel is geschonden. Ten aanzien van beide aspecten geldt dat de wetgever rekening mag houden met de tegenwoordige gedeformaliseerde procescultuur (vergelijk hiervoor, onder 2.2.6). Dat wil zeggen dat hij erop mag vertrouwen dat de rechter de wettelijke regeling zowel aanvult als verfijnt (relativeert) in gevallen waarin dat in het licht van de beschermde belangen wenselijk en verantwoord is.

Ten aanzien van *het eerste aspect* betekent dit dat de wetgever aan voorschriften nietigheid dient te verbinden als de niet-naleving ervan *in de regel* meebrengt dat de dagvaarding of de behandeling van de zaak moet worden overgedaan. Aan voorschriften waarvan de niet-naleving in de regel niet, maar in uitzonderingsgevallen wel tot nietigverklaring of vernietiging moet leiden, dient de wetgever dus geen nietigheid te verbinden. Hij kan aan de rechter overlaten om in dergelijke gevallen, waarin de bijzondere omstandigheden meebrengen dat door de schending van het voorschrift essentiële procesbelangen zijn geschaad, op die schending toch, ondanks het zwijgen van de wet, met nietigheid te reageren.¹³⁵ De rechter kan daarbij steun vinden in het stelsel van de wettelijke nietigheden. De vergelijking met de wél in de wet geregelde gevallen wijst hem als het ware de weg bij de vraag of in het bijzondere geval (even) essentiële belangen in het geding zijn.

Van een buitenwettelijke nietigheid is in deze benadering eigenlijk geen sprake. De aanvaarding van substantiële nietigheden is door de wetgever immers op voorhand ingecalculeerd. Dergelijke nietigheden liggen dus in het wettelijke stelsel besloten. De veronderstelling bij dit alles is uiteraard wel dat het wettelijke

¹³⁵ Wenselijk is dat dit met zoveel woorden in het wetboek wordt bepaald. Het bestaande art. 431 Sv geeft – anders dan art. 79 lid 1 R.O., waarin de substantiële nietigheden wél worden genoemd – een vertekend beeld van de taak van de cassatierechter.

stelsel *up to date* is, en dus bijtijds wordt herijkt. Zo zou thans (anders dan de wetgever van 1926 voor juist leek te houden) aan de niet-naleving van art. 290 lid 2 Sv (beëdiging van getuigen) nietigheid moeten worden verbonden.¹³⁶ Als het wetboek op dit punt verouderd raakt, krijgt de aanvaarding van substantiële nietigheden meer en meer het karakter van corrigerend jurisprudentierecht. Vergelijk hiervoor, onder 2.2.7.

Ook het ‘dekken’ of ‘relativeren’ van nietigheden ligt in wettelijk stelsel besloten. Het uitgangspunt dat de ‘straf’ van nietigheid wordt gesteld op voorschriften waarvan de niet-naleving *in de regel* om herstel in de vorm van een nieuwe dagvaarding of een nieuwe behandeling vraagt, impliceert immers dat er uitzonderingen zijn waarin dat niet het geval is. De vraag is of de wetgever ten aanzien van *dit tweede aspect* nog een taak heeft, dan wel of hij het maken van uitzonderingen aan de rechter kan overlaten. De wetgeving van vóór de Wet vormverzuimen laat hier een opmerkelijk verschil zien tussen de nietigverklaring van dagvaarding en oproeping enerzijds, en de vernietiging van vonnis en arrest anderzijds. Met betrekking tot de dagvaarding werd steeds zo nauwkeurig mogelijk aangegeven wanneer de nietigheid voor ‘gedekt’ moest worden gehouden. Met de relativering van de op schending van zittings- en motiveringsvoorschriften gestelde nietigheden bemoeide de wetgever zich echter niet.

Voor dit verschil kan een rechtvaardiging worden gevonden in het uiteenlopend gewicht dat op dit punt aan de eisen van rechtseenheid en rechtszekerheid kan worden toegekend.¹³⁷ De beoordeling van de geldigheid van de dagvaarding of de oproeping ligt in eerste instantie in handen van de verschillende rechtbanken en hoven. De mogelijkheid van uiteenlopende oordelen is daarmee gegeven. Daarbij komt dat het gaat om beslissingen die doorgaans in een vroeg stadium van het geding worden gegeven, en het weinig praktisch is als over de juistheid ervan eerst in cassatie duidelijkheid kan worden verschaft. De relativering van formele nietigheden daarentegen ligt in één hand, en wel in die van de cassatierechter zelf. Zijn beslissing staat meteen vast, zodat daarover geen onzekerheid kan bestaan. En de rechtseenheid is niet in het geding.

Het voorgaande laat zien dat er goede argumenten zijn om in een regeling van de nietigheid van de dagvaarding ook de uitzonderingen te betrekken. Aan die argumenten kan nog worden toegevoegd dat, naar reeds werd aangestipt, die regeling nauw samenhangt met andere voorzieningen, zoals de mogelijkheid van uitstel aanvullende oproeping (art. 278 lid 3 Sv en art. 590 lid 2 Sv), de positie van de raadsman bij afwezigheid van de verdachte (art. 279 Sv) en de toelaatbaarheid van de berechting bij verstek (art. 280 Sv). In het geheel van deze samenhangende regelingen vormt het feit dat de nietigheid van de dagvaarding door verschijnen door bekendheid met de zitting wordt gedekt, bepaald geen detail. Voorgesteld wordt derhalve de oude regeling op dit punt in ere te herstellen. Die regeling geeft aan wat in de meest voorkomende gevallen rechtens is. Als een

136 Dit verzuim leidt vrijwel steeds tot nietigheid. Zie onder meer HR 25 november 1986, *NJ* 1987, 419 en HR 12 januari 1993, *NJ* 1993, 531. Zie echter ook HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 156.

137 De historische verklaring is vermoedelijk een andere. Voor relativering van formele nietigheden was in de ogen van de wetgever waarschijnlijk geen plaats. Vergelijk het hierna met betrekking tot art. 57 WED-oud opgemerkte.

uitputtenderegeling hoeft zij niet te worden beschouwd. Voor nadere nuancering en verfijning door de rechter blijft ruimte bestaan.

Aan een wettelijke regeling van de gevallen waarin de Hoge Raad formele nietigheden mag relativëren, bestaat uit een oogpunt van rechtseenheid en rechtszekerheid naar uit het voorgaande bleek minder behoefte. Daar komt bij dat de wettelijke nietigheden betrekking hebben op nogal uiteenlopende voorschriften, zodat de materie zich wellicht niet eenvoudig in wettelijke regels laat vangen. Geheel ondenkbaar is een, zij het globale, regeling van het onderwerp evenwel niet. De meest voorkomende grond voor relativering van de nietigheid is dat het door de geschonden regel beschermde belang in het concrete geval niet (of nauwelijks) is geschaad. Daarnaast staan de gevallen waarin de schade in cassatie kan worden gerepareerd (de Hoge Raad verschaft bijvoorbeeld alsnog uitleg), en de gevallen van rechtsverwerking (over het verzuim had eerder geklaagd kunnen worden). Deze gronden zouden bij wijze van enuntiatieve opsomming in een aanvulling op het bestaande art. 431 Sv een plaats kunnen krijgen. Voor een dergelijke aanvulling pleit, dat dan uit de wet kenbaar is hoe de Hoge Raad zijn taak als cassatierechter dient op te vatten.

Dat een richtinggevende regeling op dit terrein niet tot de onmogelijkheden behoort, bewijst art. 57 WED-oud. Dit artikel luidde als volgt.

1. Verzuim van vormen geeft geen grond tot vernietiging bij wege van cassatie van uitspraken van de economische kamers van gerechten, indien door het verzuim redelijkerwijs noch het openbaar ministerie in de vervolging noch de verdachte in de verdediging kan zijn geschaad.
2. Het geval, bedoeld in het voorgaande lid, wordt geacht aanwezig te zijn, indien het verzuim gepleegd is in eerste aanleg en op dat verzuim tijdens de behandeling in hoger beroep noch door het openbaar ministerie noch door de verdachte een beroep is gedaan.

Dit artikel voorzag kennelijk in een behoefte toen relativering van nietigheden nog geen gemeengoed was. De ‘moderne behandeling van vormvoorschriften’ was destijds in het commune strafprocesrecht niet geheel onbekend¹³⁸, maar een uitdrukkelijke wettelijke legitimering kon gezien worden als een stimulans voor de rechtsontwikkeling. Men zou kunnen zeggen dat de wetgever met het artikel voor de muziek van de deformalisering uitliep. Toen die deformalisering doorzette werd het artikel overbodig en vormde het eerder een obstakel voor verdere rechtsontwikkeling. Het werd daarom in 2000 geschrapt.¹³⁹ Die schrapping vormt zagezien de wettelijke bezegeling van de bevoegdheid van de cassatierechter om nietigheden te relativëren. Toch kan men zich afvragen of het niet fraaier was geweest als het artikel in een verruimde redactie was verplaatst naar het Wetboek van Strafvordering.¹⁴⁰ Het is tenslotte weinig bevredigend dat zoiets belangrijks

138 Zie bijvoorbeeld HR 18 mei 1936, *NJ* 1936, 976 m.nt. T.

139 Wet van 28 oktober 1999, *Stb.* 1999, 467. Volgens de Mvt (*Kamerstukken II* 1997/98, 26 027 nr. 3) bevatte het artikel ‘een beperking van de mogelijkheid tot vernietiging in cassatie wegens verzuim van vormen. Los van dit artikel is inde rechtspraak al sedert lange tijd aanvaard dat de nietigheid wegens vormverzuim wordt gerelativeerd indien in concreto geen redelijk belang is geschonden.’

140 Vergelijk R. de Waard, ‘Beslissingen in cassatie’ in: G.A.M. Strijards e.a., *De derde rechtsingangnader bekeken, opstellen aangeboden aan C. Bronkhorst*, Gouda Quint: Arnhem 1989, p. 339.

als de controlerende taak van de cassatierechter in het wetboek onderbelicht blijft. Art. 431 Sv maakt van die taak een karikatuur.

3 Kernprofielen deelnemers aan het strafproces

3.1 Inleiding

In het algemeen deel van ons eerste interimrapport hebben wij een voorlopig overzicht gepresenteerd van de uitgangspunten die binnen dit onderzoeksproject een dragende rol spelen. Als onderdeel daarvan hebben wij zogenoemde kernprofielen omschreven van de belangrijkste deelhebbers aan de strafvordering.¹⁴¹ Achtereenvolgens werd ingegaan op de positie van de verdachte, diens raadsman, het openbaar ministerie, de rechter (ter terechtzitting), het slachtoffer en de getuige. Het is noodzakelijk om hier de functie van de ontwikkelde kernprofielen in herinnering te roepen. Wij zien de profielen als ijkpunten die structuur moeten bieden aan een in zijn aard veranderlijke positiefrechtelijke regeling van ogenschijnlijk uiteenlopende onderwerpen. Zij zijn dan ook wel aangeduid als een verschijningsvorm van de systeembepalende gezichtspunten die binnen dit onderzoeksproject centraal zijn gesteld. Concreet zouden de profielen op twee niveaus van nut moeten zijn. Ten eerste leveren zij materiaal dat richtinggevend kan zijn bij de gedetailleerde uitwerking van bijzondere onderwerpen die raken aan de rechtspositie van deelhebbers aan het strafgeding in ruime zin. In ons tweede interimrapport is in dit verband ook gesproken over de ‘piketpalen’ die de wetgever steeds in acht moet nemen bij het inrichten van de strafvordering.¹⁴² En daarnaast – dus ten tweede – stellen de profielen buitengrenzen aan de handelingsruimte die de actoren hebben binnen het hen toegemeten wettelijke kader. Dat wil zeggen: zij zijn medebepalend voor de wijze waarop de betrokkenen gebruik kunnen maken van de hen in het wetboek toegekende bevoegdheden.

In de navolgende onderdelen van dit hoofdstuk worden de kernprofielen afgerond. Daarbij gaan wij als volgt te werk. Per profiel zal eerst kort de essentie worden weergegeven van wat ons oorspronkelijk voor ogen stond (dat wil zeggen: in het eerste interimrapport). Vervolgens geven wij aan in welke opzichten de profielen moeten worden aangevuld resp. bijgesteld op basis van de resultaten die zijn opgenomen in het tweede en het derde interimrapport binnen ons onderzoeksproject. Dit leidt er bijvoorbeeld toe dat de lijst van kernprofielen moet worden uitgebreid. In aanvulling op de al genoemde deelhebbers aan het strafgeding zal thans ook apart worden ingegaan op de positie van de politie, de overige opsporingsambtenaren (bijzondere opsporingsdiensten daaronder begrepen) en de rechter in het voorbereidend onderzoek. En ten derde zullen wij steeds nagaan of er redenen zijn om bepaalde elementen uit de profielen te heroverwegen in het licht van recente ontwikkelingen in de rechtspraak of naar aanleiding van kritiek die in de literatuur naar voren is gebracht omtrent de voorstellen die wij in eerdere verslagjaren hebben gepresenteerd.

141 *Het onderzoek ter zitting*, Algemeen deel, p. 32-39.

142 *Het vooronderzoek in strafzaken*, Algemeen deel, p. 16-17.

3.2 De verdachte

Ten aanzien van de verdachte hebben wij steeds voorop gesteld dat zijn positie wordt beheerst door de *praesumptio innocentiae*.¹⁴³ De erkenning van de verdachte als autonoom rechtssubject brengt voorts met zich mee dat hij in volle vrijheid een proceshouding moet kunnen bepalen. Zo kan hij voor kiezen met de overheid mee te werken (bijvoorbeeld om ‘schoon schip’ te maken); hij kan er ook de voorkeur aan geven om verweer te voeren. Het stelsel van strafvordering moet op een responsieve wijze inspelen op beide mogelijkheden. Bij een verdachte die wenst te pacificeren moet het geding uiteraard juridisch correct worden afgewikkeld, maar dient het niet onnodig te worden belast met formaliteiten die door geen van de betrokkenen op prijs worden gesteld. Anderzijds leidt de gedachte van de autonomie van het rechtssubject er toe dat een verdachte die wil polariseren (verweer voeren) daartoe vanaf een vroeg stadium in de procedure gelegenheid moet krijgen. De communicatie met de autoriteiten in de zo genoemde strafrechtelijke keten moet steeds zijn berekend op het bestaan van verschillen van inzicht. De verdachte moet dan gelegenheid hebben om ‘zijn verhaal’ te doen en hij mag verwachten dat de overheidsfunctionarissen daar niet stilzwijgend aan voorbij gaan. Voor de zittingsfase betekent dit bijvoorbeeld dat de verdachte die geen gelijk krijgt, tenminste op hoofdlijnen in het vonnis of arrest krijgt uitgelegd waarom de rechter zijn zienswijze niet kan delen (motiveringsplichten).

De verdachte behoudt een zekere autonomie ten opzichte van de overheid, doch ook aan verdedigingszijde is hij in zijn relatie met zijn raadsman degene die uiteindelijk bepaalt welke strategie moet worden gevolgd.

De vrijheid om een eigen processuele opstelling te kiezen mag niet worden verward met vrijblijvendheid. De verdachte wordt aan bepaalde keuzes gehouden; er kunnen rechtsgevolgen aan worden verbonden. Een voorbeeld is dat de verdachte die verweer wenst te voeren – die wil communiceren – de overheid ook in staat moet stellen hem te bereiken.¹⁴⁴ En als er mogelijkheden tot dialoog worden geboden, dan moeten die ook worden benut. Althans, het zonder geldige redenen voorbij laten gaan van een passende gelegenheid tot het aanvoeren van bezwaren of het uitoefenen van processuele bevoegdheden kan er toe leiden dat de mogelijkheid om diezelfde rechten later alsnog in te roepen als tardief van de hand wordt gewezen.

Het contradictoire karakter van het geding brengt voor de verdachte ten slotte met zich mee, zo constateerden wij in het eerste interimrapport, dat hij goed moet zijn geïnformeerd omtrent zijn strafrechtelijke positie. Vandaar het vitale belang van recht op informatie, recht op rechtsbijstand, en een goede regeling van de interne openbaarheid van het geding. Anderzijds brengt het door ons benadrukte dialoogkarakter van het geding met zich mee dat met het oog op de doelstellingen van het strafproces de wetgever voorzieningen mag treffen om de lijfelijke aanwezigheid van de verdachte ter terechtzitting te bevorderen.

143 Het is niet nodig de deelaspecten ende implicaties van dit beginsel hier nogmaals uit de doeken te doen; zie ons eerste interimrapport met bronverwijzingen.

144 Vandaar een verplichte domiciliekeuze in bepaalde strafzaken.

In de latere interimrapporten is dit kernprofiel op verschillende punten aangescherpt en verdiept.

Ten eerste moet worden voorkomen dat de vrijheid van de verdachte om zelfstandig een proceshouding te kiezen ('informed consent') vanuit systematisch oogpunt wordt ondergraven doordat het stelsel van strafvordering pas in een te laat stadium voorziet in adequate rechtsbescherming. Daartoe hebben wij twee instrumenten ontwikkeld, één van algemene aard en een meer specifieke voorziening. In algemene zin hebben wij voorgesteld om het startpunt van een systematische regeling van de rechtsbescherming van de verdachte naar voren te halen.¹⁴⁵ In het bestaande wetboek is in dit verband vooral aangeknoopt bij het begin van de vervolgingsfase – veelal de opening van een GVO. Naar ons oordeel dient het concept van rechtsbescherming systematisch te worden uitgewerkt vanaf het moment dat iemand voor het eerst wordt verhoord in de hoedanigheid van verdachte.¹⁴⁶ Hierbij aansluitend achten wij een meer specifieke regeling nodig omtrent het politieverhoor. Aangezien dit in de praktijk voor veel verdachten een 'crucial stage' binnen de totale strafrechtelijke procedure blijkt te zijn, is een nadere normering van de verhoorsituatie op zijn plaats. Het kernprofiel van de verdachte vereist dan dat hij voorafgaand aan het verhoor een raadsman moet kunnen consulteren, die hem kan wijzen op de aard van de situatie en hem algemene informatie kan verstrekken omtrent zijn rechtspositie en omtrent eventuele gevolgen van uitlatingen jegens verhoren de ambtenaren. Eveneens gericht op het bevorderen van een inhoudelijke keuzevrijheid voor de verdachte – bijvoorbeeld door onevenredige druk te vermijden – is onze aanbeveling om deze onderzoeksfase te protocolleren. Maar anderzijds moet in het oog worden gehouden dat een politieverhoor ook zonder vertraging moet kunnen starten en gericht moet blijven op waarheidsvinding. Tegen die achtergrond hebben wij ontraden om als algemene eis te stellen dat de verdachte het recht moet hebben zich tijdens dit verhoor te laten bijstaan door een raadsman.¹⁴⁷

In het eerste interimrapport hebben wij als algemeen uitgangspunt vooropgesteld dat het strafgeding sterker dan thans dient te worden geconcentreerd op datgene wat de betrokkenen verdeeld houdt. Daarmee wordt de agenda van het proces sterk ingevuld door de processuele houding van de verdachte. In de opvolgende interimrapporten is deze gedachte doorgetrokken naar de fase van de rechtsmiddelen. Dit heeft ingrijpende consequenties. De verdachte die in eerste aanleg op diverse punten verweer heeft gevoerd, kan in appel alle door hem aangekaarte onderwerpen opnieuw ter discussie stellen en aldus een complete

145 Zie J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven, 'Vervolging en rechtsbescherming', in: *Tweede interimrapport Strafvordering 2001. Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 387 e.v.

146 Vanaf dat moment ontstaat bijvoorbeeld het recht om op de hoogte te worden gehouden van het verdere verloop van de procedure (recht op informatie); het recht op inzage in de stukken (transparantie; inwendige openbaarheid); en het recht om nadere onderzoekshandelingen uit te lokken.

147 Aan een dergelijk idee bleken ook wetssystematische problemen te zijn verbonden; zie het deelrapport van C.J.C.F. Fijnaut, 'De toelating van deraadsman tot het politieke verdachtenverhoor. Een status questionis op de drempel van de eenentwintigste eeuw', in het tweede interimrapport *Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 671-755.

tweede behandeling in feitelijke aanleg uitlokken.¹⁴⁸ Maar laat hij zonder goede reden punten in de eerste aanleg liggen, dan kan dat niet altijd met vrucht alsnog in hoger beroep gebeuren. En in de appelfase gaat het opnieuw vooral om de kwesties van het vonnis in eerste aanleg – of de daaraan ten grondslag liggende behandeling ter zitting – die uitdrukkelijk door de verdachte of door het openbaar ministerie worden gecontesteerd. Hetgeen niet wordt aangevochten, blijft in beginsel onbesproken en wordt zonder nadere motivering in stand gelaten. Deze gedachtengang heeft ook vanzelfsprekende implicaties voor het rechtsmiddel cassatie. Waar als gevolg van de processuele opstelling van de verdachte geen onderzoeks- en verantwoordingsplicht voor de feitenrechter bestaat, is uit de aard der zaak ook niets te toetsen in cassatie. Tegen deze achtergrond kan het *objectum litis* in strafzaken worden gerepresenteerd als een trechter. De verdachte krijgt de gelegenheid – wordt zelfs uitgenodigd – om alle facetten van de beschuldiging tot voorwerp van debat te maken, maar naarmate het strafgeding vordert wordt het object van de rechtsstrijd op basis van de opstelling van de betrokkenen steeds verder toegespitst en geconcentreerd op die punten waarover gebrek aan overeenstemming is gebleken.

Geven latere ontwikkelingen in de rechtspraak, of kritische observaties in de literatuur, ons aanleiding om dit kernprofiel van de verdachte bij te stellen?

In de literatuur is het concept van een verdachte als autonoom rechtssubject op zichzelf niet wezenlijk omstreden. Maar in de uitwerking zijn er aanzienlijke accentverschillen. Sommigen interpreteren deze notie als een rechtvaardiging voor de verdachte om zich niets gelegen te laten liggen aan een (voor-)structurering van het verloop van een strafgeding. De verdachte zou op ieder door hem gewenst moment gebruik moeten kunnen maken van iedere aan hem toekomende bevoegdheid. Concreet: wil iemand zijn kruit droog houden tot de appelfase, dan zou daaraan niets in de weg moeten staan. Zo'n standpunt kunnen wij niet delen. Uit het voorafgaande is gebleken dat juist de kern van het dialoogkarakter van het strafproces met zich meebrengt dat de agenda van het geding zo vroeg mogelijk moet worden vastgesteld. Daarna kan deze alleen nog maar worden toegespitst en niet meer lukraak worden verbreed. Dat maakt uitgebreid, gestructureerd en fair onderzoek naar de omstreden punten mogelijk. Daarbij past een notie van rechtsverwerking indien geboden kansen bewust of niet-verontschuldigbaar onbenut worden gelaten.

Wij hebben gewezen op het belang van fysieke aanwezigheid van de verdachte ter terechtzitting. De meest pregnante consequentie voor de procespositie van de verdachte is gelegen in ons voorstel om met het oog hierop de gronden voor het toepassen van voorlopige hechtenis aan te vullen. Dit ingrijpende dwangmiddel zou ook mogelijk moeten zijn teneinde de dagvaarding in persoon te kunnen

148 Zij het dat waarborgen zijn ingebouwd teneinde een zinloze (rituele) reprise van onderzoekshandelingen te voorkomen; zie het deelrapport 'Het hoger beroep', in het derde interimrapport *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, p. 329-435, ook voor het direct navolgende.

betekenen, om de aanwezigheid van de verdachte ter zitting te bevorderen en om een snelle afdoening van het delict mogelijk te maken.¹⁴⁹

Deze beschouwingen hebben niet tot doel om de details van een systematische regeling van de positie van de verdachte te bespreken. We beperken ons tot hoofdlijnen, tot zaken die het stelselmatige karakter van het wetboek raken. In dit licht vinden wij het passend om tegen de achtergrond van recente rechtspraak – wat uitvoeriger – aandacht te besteden aan de vraag of het een verdachte toegestaan zou moeten zijn om anoniem het rechtsmiddel van hoger beroep aan te wenden. Hoewel dit ogenschijnlijk een vraagstuk van technische aard betreft, zitten er zoveel principiële kanten aan dat dit onmiskenbaar raakt aan het kernprofiel waar het in deze paragraaf om gaat.

De vraag is tweemaal in cassatie aan de orde geweest. In de eerste zaak was de verdachte aanvankelijk op een fotosignalementgedagvaard. Hij werd veroordeeld en ging in appel. In de appelakte werd hij aangeduid als N.N.5, een referte die ook in de dagvaarding in eerste aanleg werd gebezigd. Het hof verklaarde de verdachte niet-ontvankelijk in zijn beroep, omdat de genoemde letter-cijfercombinatie niet zou voldoen aan een redelijke uitleg van art. 404 Sv. De Hoge Raad ziet dit – in 1992 – anders¹⁵⁰. De cassatierechter stelt zonder omhaal of toelichting vast: ‘Noch art. 404 Sv noch enige andere wetsbepaling stelt de eis dat de appelakte de naam vermeldt van degene namens wie het hoger beroep wordt ingesteld. Ook beginselen van behoorlijke procesorde verzetten er zich niet tegen dat degene die onder een andere aanduiding dan zijn naam is veroordeeld onder diezelfde aanduiding hoger beroep doet instellen, mits kan worden vastgesteld dat degene namens wie het beroep is ingesteld dezelfde is als degene die daartoe gerechtigd was.’ In zijn conclusie voorafgaand aan dit arrest komt de advocaat-generaal Fokkens tot dezelfde slotsom. Hij meent dat de visie van het hof er in feite op neerkomt dat de verdachte in de loop van de procedure verplicht wordt zijn personalia bekend te maken. Het scheppen van een zodanige verplichting zou volgens Fokkens een taak van de wetgever zijn. De advocaat-generaal veronderstelt dat het hof zich heeft laten inspireren door Corstens, die – redenerend vanuit een verantwoordelijkheid van het (verdachte) individu tegenover de gemeenschap – eerder verdedigde dat de veroordeelde die gebruik wenst te maken van een rechtsmiddel zijn persoonsgegevens moet opgeven. Niemand zou mogen verlangen dat een zaak ten tweede male wordt beoordeeld, als hij zich tegelijkertijd onkwetsbaar houdt voor de justitie.¹⁵¹ In de annotatie onder het arrest van de Hoge Raad geeft Corstens andermaal blijk van deze overtuiging. Het positiefrechtelijke argument dat de wet geen verplichting kent om de personalia op te geven, is niet doorslaggevend. Belangrijker zijn de bezwaren dat bij een anoniem appel er niets van de executie van de opgelegde sanctie terecht zal kunnen komen en de problemen in verband met justitiële documentatie. Een verplichting bij het instellen van appel de identiteit te onthullen maakt bovendien geen inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De bestaande wettelijke

149 J. uit Beijerse & J.B.H.M. Simmelink, ‘Voorarrest’, in het tweede interimrapport *Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 589-670. Hoewel tegen verschillende van onze voorstellen omtrent de herziening van de voorlopige hechtenis is geopponeerd, is in de literatuur geen kritiek gekomen op deze ideeën.

150 HR 27 oktober 1992, *NJ* 1993, 352 m.nt. C.

151 G.J.M. Corstens, ‘Anonymi in het strafproces’, *D&D* 1987, p. 339-346.

maatregelen tegen anonieme verdachten (art. 61a-61c Sv) zijn in zijn visie slechts lapmiddelen: ‘Een echte oplossing van het probleem van de anonieme verdachte zou hebben bestaan in het mogelijk maken van dadelijke tenuitvoerlegging van de aan de anoniemus opgelegde sanctie gecombineerd met de toepassing van snelrecht op de gevatkelijk ter zitting geleide anoniemus.’ Corstens stelt dat door het arrest van de Hoge Raad wetswijziging onvermijdelijk is geworden, iets wat achterwege had kunnen blijven bij een meer doelgericht te interpretatie van art. 449 lid 1 jo 450 sub a Sv.

Een wetswijziging is er (nog) niet gekomen. Maar in 2001 is de Hoge Raad overstag gegaan en heeft een standpunt ingenomen dat haaks staat op het arrest van 1992.¹⁵² Deze keer komt de cassatierechter met een uitvoerige motivering. Vanwege het belang daarvan citeren wij integraal:

‘3.2.2. (Het) ten aanzien van het instellen van hoger beroep gegeven oordeel geldt op gelijke gronden voor het aanwenden van andere – gewone en buitengewone – rechtsmiddelen tegen een rechterlijke einduitspraak.

3.3. Tegen het anoniem aanwenden van rechtsmiddelen zijn de volgende bezwaren in te brengen:

(i) een rechterlijke beslissing die is gewezen ten laste van een anonieme verdachte kan vaak niet worden tenuitvoergelegd terwijl zij ook niet verwerkt kan worden in het justitiële documentatieregister; dit betekent dat de overheid zich naar aanleiding van het ingestelde rechtsmiddel inspanningen moet getroosten ten behoeve van de verdachte, terwijl deze in de regel direct noch indirect de gevolgen ondervindt van de te zijnen laste gewezen uitspraak; (ii) te dezen geldt evenzeer wat in verband met de verhulling door verdachten van hun identiteit is opgemerkt in het Nader rapport van de regering naar aanleiding van het Advies van de Raad van State inzake het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet van 24 maart 1993, Stb. 182 (anonieme verdachte), te weten:

“(b) Zij verkrijgen daarmee een niet te rechtvaardigen voorsprong op de verdachten die wel tot een dergelijke medewerking bereid zijn of wier identiteit op een andere wijze kan worden vastgesteld. Het rechtsgevoel van de burger wordt aangetast, indien mensen (al te gemakkelijk) hun gerechte straf kunnen ontlopen door in het geheel geen personalia op te geven”. (*Kamerstukken II* 1988/89, 19 757, C, p. 2)

(iii) het anoniem aanwenden van aan burgers ten dienste staande rechtsmiddelen is op andere rechtsgebieden verboden althans onbekend; in dat verband kan onder meer worden gewezen op

(1) art. 35, tweede lid aanhef en onder a, EVRM en art. 3 Facultatief Protocol bij het IVBPR voor wat betreft klachten inzake de schending van in die verdragen gegarandeerde rechten,

(2) art. 6:5 eerste lid aanhef en onder a, Algemene wet bestuursrecht, art. 6, tweede lid, Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften, en art. 12, derde lid aanhef en onder a, Wet Nationale ombudsman, voor wat betreft bestuursrechtelijk getinte klachten;

¹⁵² HR 27 februari 2001, *NJ* 2001, 499 m.nt. Sch. Zie overigens ook Hof Amsterdam 13 juni 2002, *Nieuwsbrief Strafrecht*, 2002, nr. 226 omtrent de niet-ontvankelijkheid van door een anoniemus ingesteld hoger beroep van de beslissing op het verzoek tot schadevergoeding ex art. 89 Sv.

- (3) art. 343, eerste lid, art. 429o, eerste lid en art. 407, eerste lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, voor wat betreft civielrechtelijke geschillen, waarbij opmerking verdient dat ingevolge art. 4, eerste lid aanhef en onder 12, Rv in bepaalde gevallen anoniem kan worden gedagvaard, doch dat de aldus gedagvaarde bij het instellen van een eis in reconventie of bij het aanwenden van een rechtsmiddel zijn identiteit behoort bekend te maken.
- 3.4. Voorts verdient opmerking dat als gevolg van de rechtsontwikkeling sedert het arrest van 1992 de positie van de benadeelde partij in het strafproces is versterkt dat de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel aan betekenis heeft gewonnen. Een rechterlijke beslissing waarin hieraan recht wordt gedaan – al dan niet in de vorm van een daarop toegesneden maatregel – zal om de hiervoor vermelde redenen dikwijls niet tenuitvoergelegd kunnen worden.
- 3.5. Het vorenstaande geeft de Hoge Raad aanleiding zijn eerder ingenomen standpunt in heroverweging te nemen.
- 3.6. Vooropgesteld moet worden dat een verdachte niet gedwongen kan worden zijn persoonsgegevens bekend te maken. Daarbij moet worden bedacht dat de sinds de invoering op 1 juni 1993 van de bij de onder 3.3 sub (ii) genoemde Wet vastgestelde artikelen 61a, 61b en 61c Sv bestaande verplichting maatregelen ter identificatie te ondergaan, niet impliceert de verplichting naam, geboortegegevens en woonplaats op te geven. Dat verhindert evenwel niet dat de verdachte die gebruik maakt van die mogelijkheid, door het openbaar ministerie wordt vervolgd ter zake van het feit waarvan hij wordt verdacht. Dit kan tot gevolg hebben dat een anonieme verdachte wordt gedagvaard, indien zulks uit een oogpunt van rechtshandhaving aangewezen is, dat het vonnis wordt gewezen ten laste van die anonieme verdachte en dat dit zo blijft indien de verdachte in dat vonnis berust.
- 3.7. Naar het huidige inzicht van de Hoge Raad moet uit de art. 449-452 Sv worden afgeleid dat een verdachte te wiens laste een rechterlijke beslissing is gewezen waarin hij op andere wijze dan bij name is aangeduid, geen rechtsmiddel tegen een einduitspraak kan aanwenden anders dan onder bekendmaking van zijn persoonsgegevens.’

De uitvoerige motivering van de beslissing biedt een goed zicht op de belangen die hier op het spel staan. Wij stellen voorop dat de achterliggende kernvraag lijkt te zijn of anonieme berechting van een verdachte überhaupt mogelijk moet zijn.¹⁵³ Vanuit dat vertrekpunt is in feite de vraag of er in geval van een veroordelende einduitspraak door de verdachte een rechtsmiddel moet kunnen worden aangewend, slechts een bijzondere verschijningsvorm van het onderliggende probleem. De Hoge Raad wijst het anoniem aanwenden van rechtsmiddelen van de hand. De belangrijkste argumenten hebben betrekking op *a.* problemen met tenuitvoerlegging en justitiële documentatie; *b.* de anoniem heeft een voorsprong op andere verdachten en het rechtsgevoel van de burger wordt aangetast als mensen te gemakkelijk hun straf kunnen ontlopen; *c.* in andere rechtsgebieden is anoniem

153 De Hoge Raad laat zich hierover in het voorbijgaan wel degelijk uit. In r.o. 3.6. wordt immers vooropgesteld dat een verdachte niet gedwongen kan worden zijn persoonsgegevens bekend te maken.

aanwenden van rechtsmiddelen verboden; en *d.* ontwikkelingen omtrent de benadeelde partij en de voordeelsontneming maken het niet tenuitvoerleggen van rechterlijke beslissingen extra problematisch.

Overzien we deze argumenten, dan valt op dat ze geen van alle specifiek gelding hebben voor de appelfase. Alle overwegingen – met uitzondering misschien¹⁵⁴ van de onder *c* genoemde – pleiten in gelijke mate tegen een anonieme berechting in eerste aanleg.¹⁵⁵ En dit is ook niet verwonderlijk. Voor justitie is het lastig als een verdachte weigert te zeggen wie hij is. De berechting wordt hierdoor gecompliceerd (dagvaarding op signalement), evenals de executie van het vonnis. Waar het nu om gaat is dat deze nadelen op de koop toe worden genomen, omdat er kennelijk een principiële en doorslaggevende reden is om onder omstandigheden genoeg te nemen met berechting van een anoniemus.¹⁵⁶ Die reden hangt samen met de procespositie van een verdachte. Een verdachte kan niet worden gedwongen enige verklaring af te leggen. Niet over de feiten waarvan hij wordt verdacht, maar ook niet omtrent gegevens die zijn persoon betreffen. Die vrijheid strekt zich uit tot zijn personalia. Natuurlijk: de overheid mag maatregelen nemen om zoveel mogelijk de identiteit van verdachten te achterhalen. Er is een uitdrukkelijke bevoegdheid naar personalia te vragen (art. 52 Sv)¹⁵⁷; en er bestaan aparte bevoegdheden om de identiteit te kunnen vaststellen (thans art. 55b Sv). Maar daar heeft de wetgever nadrukkelijk een grens getrokken, een grens die aansluit bij het kernprofiel van de verdachte zoals dat hierboven is geschetst. Het zou een niet in het stelsel passende inbreuk op de verklaringsvrijheid van de verdachte opleveren als hij bepaalde processuele bevoegdheden slechts zou kunnen uitoefenen wanneer hij zijn personalia aan de overheid bekend maakt. Voor de berechting in eerste aanleg lijkt dit vanzelfsprekend. Niemand zou bijvoorbeeld willen bepleiten dat een verdachte uitsluitend het recht heeft om getuigen *à décharge* te doen dagvaarden indien hij zijn anonieme status prijsgeeft. Het is ondenkbaar een verdachte van een ernstig geweldsdelict die niets zegt – en dus ook zijn naam niet – het recht op rechtsbijstand te onthouden.¹⁵⁸ Waarom zou dit dan anders liggen waar het overige vereisten betreft die raken aan de notie van

154 Waar dan nog de kanttekening bij te maken is dat in die andere gebieden soms ook van een rechtsstrijd ‘in eerste aanleg’ geen sprake kan zijn bij een anonieme burger. De vergelijking die de Hoge Raad maakt met deze andere rechtsgebieden gaat dan ook in zoverre mank, dat het in het strafrecht altijd *de overheid* is die het proces begint, terwijl elders de burger hiertoe het initiatief kan nemen.

155 Zie vooral de vermelde regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

156 Er is overigens ook een andere kant aan dit verhaal. Die houdt in dat de rechtsgemeenschap ook daadwerkelijk tot berechting wil kunnen komen van verdachten die weigeren hun naam op te geven. Met andere woorden: verdachten dienen zich niet aan berechting te kunnen onttrekken door op alle punten te zwijgen. Daarin schuilt ook een immanent zwakke kant van de gedachte om verdachten – ondersteund door een strafbedreiging – te verplichten hun persoonsgegevens bekend te maken. In gelijke zin J. Remmelink, ‘Nogmaals de anonieme verdachte’, in: P.J.A. ter Hoeven e.a. (red.), *Bezonnen Hoop. Opstellen aangeboden aan prof.mr. L.H.C. Hulsman*, Zwolle 1986, p. 170: ‘De hardnekkige weigeraar zal zich door zo’n tweede strafbedreiging niet laten afschrikken’ (met nadere bronvermeldingen).

157 Zonder dat dit een plicht tot antwoorden schept; zie het even oude als relevante HR 27 juni 1927, *NJ* 1927, 926.

158 In dezelfde zin Schalken in de noot onder het arrest van de Hoge Raad, met de aansprekende toevoeging: ‘Die kant moeten we natuurlijk ook niet op. Een systeem dat op een dergelijke wijze zou reageren op mensen die zich niet aan het systeem willen conformeren, krijgt iets sjagrijnigs. Zeker nu het om een probleem gaat dat praktisch gezien verwaarloosbaar is.’ Zie ook G.P.M.F. Mols, ‘Anonymi en rechtsmiddelen’, *Nieuwsbrief Strafrecht* 30 maart 2001, p. 110-112.

een eerlijk proces, zoals het recht op behandeling van een strafzaak in twee feitelijke instanties? Daarbij moet bijvoorbeeld worden bedacht dat de *ratio* van het beschikbaar stellen van rechtsmiddelen – onder andere gelegen in de behoefte aan correctie van vergissingen¹⁵⁹ – in gelijke mate van toepassing is indien de berechting betrekking heeft op een anonieme verdachte. En daar komt nog als argument bij dat er in de visie van de Hoge Raad een moeilijk te rechtvaardigen ongelijkheid ontstaat, omdat het openbaar ministerie *wel* in appel kan gaan tegen een rechterlijke beslissing tegen een anonieme verdachte.

Het laatste argument dat door de Hoge Raad wordt ingebracht heeft betrekking op de veranderde positie van de benadeelde partij en de meer geprononceerde rol van de verordeelsontneming in het strafrecht. Wij stellen vast dat noch aan het ene, noch aan het andere gezichtspunt zelfstandige waarde toekomt bij de afweging van belangen om tot een antwoord te komen op de vraag of een anonymus in appel kan worden toegelaten. Dit is voor de omlijning van het kernprofiel van de verdachte in zoverre van speciaal gewicht, omdat er – vooral recentelijk en vooral ook in het buitenland – wel vaker pogingen worden gedaan om de rechtspositie van een verdachte te verzwakken met een beroep op de wensen of de belangen van slachtoffers van misdrijven. In ons land bijvoorbeeld heeft onlangs niemand minder dan de voorzitter van de Nederlandse Juristenvereniging de vraag opgeworpen of de cautieplicht wel dient te worden gehandhaafd.¹⁶⁰ Hij maakt zich zorgen dat ‘onjuist of lichtvaardig gebruik’ van het zwijgrecht wellicht inbreuk maakt op te respecteren belangen van derden en dat ook de verdachte zelf hiervan wellicht nadelige gevolgen ondervindt. Daarom vraagt hij zich af ‘of het bestaan van de mededelingsplicht terzake niet blijkt geeft van onvoldoende respect of begrip voor de positie van het slachtoffer of, in het geval van levensdelicten, van nabestaanden.’ En hij komt vervolgens tot de slotsom: ‘Ik meen dat handhaving van deze plicht (i.e. de cautieplicht; MG/GK) zeker ter terechtzitting van de strafrechter blijkt geeft van onvoldoende respect jegens de slachtoffers en hun eventuele nabestaanden en kan leiden tot onbegrip en vervreemding bij de burgers.’¹⁶¹

Deze observaties dwingen tot twee kanttekeningen die de systematiek van het wetboek raken. Ten eerste brengt het concept van de verdachte als een autonoom rechtssubject met zich mee dat hij zelf moet kunnen uitmaken of de uitoefening van een hem toekomende vitale processuele bevoegdheid – i.c. het zwijgrecht – al dan niet in zijn belang is. Vanuit de traditie van ons gematigd accusatoire stelsel, scherper aangezet en gefundeerd in de in ons onderzoeksproject uitgewerkte notie van een contradictoire procedure, is het nu juist essentieel dat de verdachte zelf een proceshouding kan kiezen en vervolgens ook in volle omvang de consequenties daarvan draagt. Hier past geen paternalistische bekommernis om mogelijke negatieve effecten van een door de verdachte weloverwogen bepaalde processuele

159 Zie het deelrapport over het hoger beroep (Groenhuijsen & de Hullu) in het derde interimrapport, *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, p. 386.

160 N.A.M. Schipper, ‘Ervaringen in de rechtspraktijk. Rede van mr. N.A.M. Schipper bij de jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging op 14 juni 2002’, *NJB* 2002, p. 1295-1298.

161 N.A.M. Schipper, *a.w.* p. 1298, en direct aansluitend: ‘Voorts lijkt het gegeven dat gebruikmaking van het zwijgrecht onder bepaalde omstandigheden in het nadeel van de verdachte kan zijn zowel wat de bewijslevering als wat de straftoemeting betreft, een argument op te leveren om tot schrapping van de desbetreffende wettelijke bepaling over te gaan.’

strategie. Veeleer kan het aangewezen zijn om een verdachte vooraf te informeren omtrent de voor hem nadelige gevolgen die verbonden kunnen zijn aan het gebruik maken van het zwijgrecht, zodat hij daarmee rekening kan houden bij het bepalen van zijn proceshouding.

Ten tweede moet nadrukkelijk afstand worden genomen van het inroepen van een slachtofferperspectief om het beperken van de cautieplicht te bepleiten. Het zwijgrecht – een verschijningsvorm van de verklaringsvrijheid – van de verdachte behoort onmiskenbaar tot de basisvoorwaarden voor een eerlijk proces. In het onderhavige onderzoeksproject is één- en andermaal betoogd en gemotiveerd dat nooit aan dergelijke mensenrechtelijke waarborgen mag worden getornd met een beroep op de wensen of belangen van slachtoffers van delicten.¹⁶² Het kernprofiel van de verdachte beoogt grenzen te stellen die ook door de wetgever dienen te worden gerespecteerd bij het uitwerken van diens rechtspositie. Het is goed om deze schets af te sluiten met de constatering dat dit beschermende element zijn operationele waarde niet zelden zal moeten bewijzen in relatie tot concurrerende aanspraken van andere deelnemers aan het strafproces.¹⁶³

3.3 De raadsman

In ons eerste interimrapport is als tweeledige taak van de raadsman aangeduid: het verlenen van rechtshulp aan de verdachte en het toezien op de naleving van procedureregels en de vereisten van een eerlijk proces.¹⁶⁴ De daaruit af te leiden positie van de raadsman in het grotere geheel van de strafvordering hebben wij in dat verband in principiële termen neergezet. De raadsman is er ten dienste van zijn cliënt. Van hem wordt geen objectiviteit verwacht, maar juist een eenzijdige oriëntatie op het belang van de verdediging. De raadsman is ‘partijdig’ in de letterlijke zin van het woord. Deze enkelvoudige invalshoek draagt bij aan de kwaliteit van het geding, is dus positief te waarderen en de beschikbaarheid van goede rechtsbijstand voor de verdachte is in deze zin ook aan te merken als een *publiek* belang. Alert en actief optreden van de raadsman, hetgeen veelal tot een fatsoenlijke vorm van polarisatie zal leiden, draagt bij aan het realiseren van de doelstellingen van de contradictoire strafprocedure en vormt meestal een voorwaarde voor het materialiseren van het dialoogkarakter van het geding. Een technische consequentie die niet onvermeld mag blijven is dat uitlatingen van de raadsman nooit als bewijsmiddel tegen de verdachte kunnen worden gebruikt.

De beperkingen die de raadsman bij het vervullen van zijn taak in acht moet nemen zijn uiterst restrictief omschreven. Uiteraard mag hij zich niet gedragen in strijd met de wet of met de gedragsregels van de Nederlandse Orde van

162 Zie vooral A.L.J. van Strien, ‘De positie van slachtoffers in het strafproces’ in het eerste interimrapport *Het onderzoek ter zitting*, p. 233 e.v. (met name p. 243); het ‘Algemeen deel’ in het tweede interimrapport, *Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 78-86; en M.S. Groenhuijsen & N.J.M. Kwakman, ‘Het slachtoffer in het vooronderzoek’ in het derde interimrapport, *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, p. 773 e.v.

163 De kernprofielen zijn uiteraard sterk betrokken op de doeleinden van het strafproces en laten derhalve bij allerlei uitwerkingsvragen ruimte open voor afweging van conflicterende belangen. In onderdeel g. van dit hoofdstuk, waar het profiel van het slachtoffer wordt belicht, zal dit punt nader worden gethematiseerd.

164 Zie het kernprofiel in het Algemeen deel, p. 34-36; en de uitvoeriger beschouwing in het deelrapport van T. Blom & A.R. Hartmann, ‘Verdediging in strafzaken’, in *Het onderzoek ter zitting*, p. 195-231.

Advocaten. Voorts is onomstreden dat hij de overheid niet mag *hinderen* bij het vinden van de waarheid. Wij hebben daaraan toegevoegd dat de raadsman tevens gehouden is rekening te houden met regels en beginselen van ongeschreven recht. In dit verband kan worden gewezen op het algemene beginsel ‘point d’intérêt, point d’action’ en op het aan de literatuur ontleende criterium dat een grens wordt bereikt daar waar het optreden ‘volstrekt niet meer past of apert in strijd is met de strekking van de bevoegdheden en zijn belang niet meer een rechtens te beschermen belang kan worden genoemd’.

Nog twee elementen uit onze eerste beschouwing over dit onderwerp moeten worden genoemd. Ten eerste dat wij bij het ontwikkelen van een kernprofiel van de raadsman in verstrekkende mate zijn uitgegaan van opvattingen die zijn uitgewerkt in geschriften van leden van de balie en van opleidingsmateriaal van de Nederlandse Orde van Advocaten. Ten tweede hebben wij aandacht besteed aan het heikele vraagstuk of een raadsman ook ‘misbruik’ van bevoegdheden kan maken. Die vraag werd bevestigend beantwoord, maar zo’n (dis)kwalificatie mag slechts dan worden gehanteerd indien de verdediging de toegekende bevoegdheden uitoefent met geen andere bedoeling dan een goede rechtsgang te schaden of zonder enig in redelijkheid te respecteren belang een goede rechtsgang tracht te belemmeren.¹⁶⁵

Tenslotte geldt voor de raadsman wat in principiële zin reeds is aangestipt bij de verdachte. De verdediging kan kiezen voor een bepaalde strategie, maar wordt vervolgens wel aan de gemaakte keuzen gehouden (van vrijblijvendheid in de eerdergenoemde zin is dus geen sprake). Dat brengt ook¹⁶⁶ voor de raadsman met zich mee dat hij tijdig verweer moet voeren en andere bevoegdheden dient te benutten, omdat het zonder geldige redenen laten rusten van dergelijke mogelijkheden kan leiden tot rechtsverwerking.

In de drie latere onderzoeksjaren is het hiervoor geschetste beeld op onderdelen nader ingevuld. In de vorige paragraaf is reeds gewezen op de voorstellen omtrent de nadere regeling van het politieverhoor. De raadsman behoort in zo’n ‘crucial stage’ van de procedure rechtsgeleerde en praktische adviezen te kunnen geven, zonder dat overigens een voortvarende start van het verhoor wordt belemmerd of de waarheidsvinding te zeer in de weg wordt gestaan. Als optimum in deze arena van concurrerende waarden en belangen hebben wij gemotiveerd gekozen voor een consultatie van de raadsman voorafgaand aan het politieke verdachtenverhoor.¹⁶⁷

Een tweede toespitsing met betrekking tot een goede taakvervulling van de raadsman betreft de geheimhoudingsplicht annex het verschoningsrecht omtrent datgene wat zich in het functionele contact tussen de raadsman en zijn cliënt heeft voorgedaan. Dit recht hangt onverbrekkelijk samen met het kernprofiel van de raadsman in strafzaken. Daarom hebben wij voorgesteld om bij de normering van de opsporing afzonderlijke waarborgen op te nemen ter bescherming van de

165 T. Blom & A.R. Hartmann, *a.w.* p. 220.

166 Zelfs *a fortiori* (want bij de verdachte zelf kan het onbenut laten van eerder bestaande mogelijkheden eerder verontschuldigbaar zijn dan in het geval van een rechtsgeleerde raadsman).

167 C.J.C.F. Fijnaut, ‘De toelating van de raadsman tot het politieke verdachtenverhoor. Een status questionis op de drempel van de eenentwintigste eeuw’, in het tweede interimrapport *Het vooronderzoek in strafzaken*, met name p. 753, met als kernoverweging dat wij het niet moeten zoeken in een ‘formele maximalisering’ maar in een ‘materiële optimalisering’ van de rechten van de verdediging.

vertrouwensrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt. Zo hebben wij bepleit dat sommige bevoegdheden in principe niet ten opzichte van een verschoningsgerechtigde geheimhouder kunnen worden uitgeoefend; dat voorzover die toepassing wel mogelijk is daaraan nadere waarborgen te verbinden voor een zorgvuldig justitieel optreden; dat aparte voorzieningen worden getroffen om de inbreuken op het verschoningsrecht steeds tot een minimum te beperken; en dat verschoningsgerechtigde geheimhouders in elk geval mogen weigeren bij te dragen aan de uitvoering van de betrokken bevoegdheid.¹⁶⁸ Daarmee zijn meer dan in het huidige wetboek systematische ijkpunten aangereikt voor de technische uitwerking van de onderlinge verhoudingen van de actoren binnen het voorbereidend onderzoek.

Een derde aanvulling op de kenschets van de principiële kanten van de procespositie van de raadsman ligt in het verlengde van wat is opgemerkt over het geding in eerste aanleg. De fase van het hoger beroep is in dit onderzoeksproject aangemerkt als een ‘voortbouwend appel’. Voor de raadsman heeft dit vooral twee implicaties. Anders dan in het huidige stelsel kan hij niet langer alle verdedigingsrechten in eerste aanleg onbenut laten in de veilige verwachting dat alle typen verweren ook voor het eerst in appel volledig zullen worden onderzocht. Hij loopt dan het risico dat onder omstandigheden van rechtsverwerking sprake is. En in aansluiting daarop zal hij aan het begin van de beroepsfase uitdrukkelijk moeten aangeven welke onderdelen van de beslissing in eerste aanleg – of het daaraan ten grondslag liggende onderzoek – naar zijn oordeel tekort schieten. De niet uitdrukkelijk omstreden onderdelen vormen immers in beginsel geen voorwerp van apart beraad in appel.

De ontwikkelingen van de afgelopen jaren hebben aangetoond dat er vooral op het terrein van de principiële positiebepaling van de raadsman nog voortgaand debat te verwachten is. Niet zonder reden is in het eerste deel van deze paragraaf vermeld dat wij bij het ontwikkelen van een kernprofiel van de raadsman veel gewicht hebben toegekend aan geschriften van auteurs die tot de balie behoren en aan de opleidingsliteratuur van de Nederlandse Orde van Advocaten. Tegen deze achtergrond is het namelijk op zichzelf enigszins verrassend dat juist vanuit de advocatuur vervolgens nogal wat kritiek is gekomen op dit deel van onze voorstellen. Wellicht is dat te verklaren in het licht van een stelling die is toegevoegd aan het proefschrift van Spronken, luidende: ‘De verdediging in strafzaken is een rechtsgoed, dat des te meer lijkt te worden bedreigd naarmate er consequenter voor wordt opgekomen.’¹⁶⁹ Laat ons bezien waar de verschillen van inzicht liggen en hoe die moeten worden gewaardeerd.

Onze beschouwingen hebben in de eerste plaats aanleiding gegeven tot kanttekeningen omtrent de vraag welk rechtssubject de eigenlijke drager van verdedigingsrechten is: de verdachte of diens raadsman. Daarnaast is kritiek naar voren gebracht op ons standpunt omtrent het beladen thema van het ‘misbruik’ van procesrecht door de verdediging. En tenslotte zouden wij de raadsman ten onrechte hebben gepositioneerd als een ‘officer of the court’.

168 Zie voor de details Y.G.M. Baaijens-van Geloven & J.B.H.M. Simmelink, ‘Normering van de opsporing’, in het derde interimrapport *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, met name p. 580-584.

169 Stelling 9 bij Taru Spronken, *Verdediging. Een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken*, diss. Maastricht, Deventer: Gouda Quint 2001.

Over het eerstgenoemde punt kunnen we kort zijn. Binnen het onderhavige onderzoeksproject is het duidelijke uitgangspunt dat verdedigingsrechten geen rechten van de raadsman zijn, maar van de verdachte.¹⁷⁰ Wij zijn dan ook uiterst terughoudend als het gaat om suggesties dit verdedigingsduo te ontkoppelen, waarbij de raadsman een eigen, niet van de verdachte afgeleide procespositie zou krijgen in relatie tot de overige deelnemers aan het geding.¹⁷¹ De raadsman treedt dus steeds op *namens* de verdachte. Maar daarmee is nog niet voldoende gezegd. Met name moet nader worden ingegaan op de vraag naar de *aard* van de belangen die met het optreden van de raadsman zijn gemoeid. Behartigt de raadsman het belang van de verdachte of van ‘de verdediging’? En vormt het verdedigingsbelang een privé-belang van de verdachte of zijn hier meer algemene, publieke belangen aan de orde? Op deze punten dient duidelijkheid te bestaan teneinde misverstanden te vermijden omtrent ons standpunt met betrekking tot de grenzen van de bevoegdheidsuitoefening in het strafgeding.

Zoals hiervoor al is vermeld zien wij het recht op een behoorlijke verdediging als een algemeen belang dat de kwaliteit van het strafproces bevordert. De eenzijdige gerichtheid van de raadsman op het perspectief van de verdachte merken wij aan als een *publiek* belang dat past in de doelstellingen van het strafgeding. Vanuit dit uitgangspunt betrekken wij twee kernstellingen. Ten eerste: het is aan de verdediging om al datgene naar voren te brengen dat kan strekken tot een juiste beoordeling van de strafzaak. Daarbij past een gedingstructuur waarin verdachte en raadsman voortdurend in de gelegenheid worden gesteld om de tegen de verdachte ingebrachte bezwaren te ontkrachten. Op dit punt kunnen geen inhoudelijke beperkingen worden gesteld. Maar anderzijds kan vanuit hetzelfde gezichtspunt ook een grens worden getrokken die de reikwijdte van behoorlijk optreden bepaalt. Voorzover bevoegdheden worden aangewend op een wijze die in geen enkel opzicht bijdraagt aan een juiste beoordeling van de strafzaak, is er in objectieve zin geen respectabel verdedigingsbelang aan de orde. De kernvraag is natuurlijk: wanneer daarvan sprake is, wie dat mag uitmaken en welk criterium daarbij moet worden aangelegd? Sommigen lijken het standpunt in te nemen dat de raadsman dit soeverein moet kunnen beslissen, zonder enige toetsing binnen het verband van het strafproces. Dit gaat ons duidelijk te ver. Binnen de grondstructuur van het geding past het om de rechter uiteindelijk te laten beoordelen of een deelnemer aan het proces blijft binnen de speelruimte die de hem door de wetgever geboden positie biedt. Maar gelet op de één en andermaal benadrukte intellectuele autonomie van de verdachte – die in dit opzicht afstraalt op diens raadsman – is het van belang dat de rechter bij deze toetsing een zeer terughoudende opstelling kiest. ‘t Hart en anderen bevelen ‘een zeer marginale toetsing’ aan, ‘omdat de vertrouwelijkheid tussen raadsman en cliënt mee brengt, dat de raadsman vaak niet alle verdedigingsbelangen open aan de rechter ter zitting kan voorleggen en

170 Zie het Algemeen Deel in het eerste Interimrapport, p. 33-34. T. Spronken, a.w. p. 322-323 signaleert enkele passages in het deelrapport over de verdediging, geschreven door T. Blom en A.R. Hartmann, die in een andere richting lijken te wijzen. Daar staat tegenover dat deze schrijvers onmiskenbaar in de verhouding tussen verdachte en raadsman het primaat bij de eerstgenoemde leggen, met als uitvloeisel dat de wil van de verdachte terzake van zijn verdediging het uitgangspunt vormt voor het handelen van de advocaat.

171 Vgl. A. Röttgering, ‘Processtukken’, in: *Verdedigers in strafzaken: over de rol en taakopvatting van de verdediger in strafzaken*, Maastricht 2001, p. 33, die spreekt van een ‘tendens’ om de raadsman zelfstandige, dus niet van de cliënt afgeleide rechten te verlenen.

de rechter ook niet te snel, op de stoel van de raadsman klimmend, de beoordeling van de verdedigingsbelangen mag overnemen'.¹⁷² Vooral als er in redelijkheid verschillend kan worden gedacht over de vraag of er nog een objectief verdedigingsbelang op het spel staat, dient de rechter de raadsman alle ruimte te gunnen. Spronken geeft de volgende voorbeelden: 'Daar komt nog bij dat het niet altijd eenvoudig te definiëren is, hoe ver het rechtens te beschermen belang van een bepaalde bevoegdheid of van een bepaald rechtsmiddel strekt. Het rechtens te beschermen belang is nauw verbonden met het doel en de strekking van een strafvorderlijke bepaling waarover op zichzelf weer te debatteren valt en ook gedebatteerd moet kunnen worden, zonder dat de verdachte het verwijt krijgt misbruik van procesrecht te maken, omdat een bevoegdheid niet overeenkomstig zijn strekking zou worden gebruikt. De strafvorderlijke jurisprudentie is vergeven van voorbeelden die aantonen hoe verschillend over de strekking van een strafvorderlijke bepaling kan worden geoordeeld.' De auteur poneert deze situaties als middel om te demonstreren dat wij in onze voorafgaande interimrapporten te weinig ruimte zouden laten voor een autonome invulling van de procespositie van de verdediging, maar dit berust op een misverstand. Ook in het door ons ontwikkelde raamwerk heeft de verdediging een grote vrijheid om de eigen strategie te bepalen, en waar nog pleitbaar is dat de uitoefening van een bevoegdheid een redelijk doel dient is rechterlijke abstinentie opportuun. Het kernpunt – tevens het omslagpunt – ligt daar waar in redelijkheid géén verschil van inzicht meer kan bestaan over de vraag of uitoefening van een bevoegdheid van invloed kan zijn op enige in de strafzaak te nemen beslissing. Dan, en dan alleen, moet de rechter kunnen ingrijpen en heeft hij het laatste woord.^{173/174}

Daarnaast is er de omstreden vraag of de verdediging ook kan worden gebonden aan een bepaald *moment* waarop enige actie mag worden gevegd. Ons

172 T. Spronken, *a.w.* p. 327; ook voor het direct navolgende p. 329.

173 Spronken, *a.w.* p. 327, citeert voorts de opmerking van Knigge waarin deze het publiekrechtelijke verdedigingsbelang omschrijft in termen van het voorkomen van bestaaffing van onschuldigen. Aansluitend, *a.w.* p. 328, meldt zij dat uit deze redenering – er ook zou worden gevolgd in het Algemeen Deel van ons eerste interimrapport – er toe leidt dat de verdedigingsrechten niet zijn gegeven voor schuldige verdachten. Dit staat ver af van aard en strekking van ons betoog. Op deze plaats volstaan we met de kanttekening dat de nadruk die binnen ons onderzoeksproject steeds wordt gelegd op het contradictoire karakter van het geding – in combinatie met de herhaaldelijk als centraal bestempelde rol van de *praesumptio innocentiae* – uiteraard en vanzelfsprekend inhoudt dat de verdedigingsrechten in volle omvang gelden voor *alle* verdachten. Het gaat ons – anders dan bijvoorbeeld Blok destijds – dan ook veel te ver om te stellen dat het belang van een schuldige verdachte bij een vrijspraak *eo ipso* geen rechtmatig belang zou zijn. Als dit anders zou zijn, dan zou bijvoorbeeld ook het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs in verband met de bewijsuitsluitingsregel processueel een totaal andere plaats moeten krijgen. Vgl. M.S. Groenhuijsen, 'Het niet realiseren van gegronde materieelrechtelijke aanspraken in het strafprocesrecht', in: E.S.G.N.A.I. van de Griend & B.N.W. de Waard (red.), *Rechtsvinding. Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel** van de Asser-serie (Asser-Vranken)*, Zwolle 1996, p. 9-20; en meer in het algemeen over dit thema M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: 2003.

174 Zie in soortgelijke zin M.A. Loth, 'De publieke verantwoordelijkheid van de advocatuur', *Advocatenblad* 2003, p. 28: 'Dat gebruik (van bevoegdheden; MG/GK) kan door de rechter worden getoetst; niet aan het doel waarvoor die bevoegdheid is gegeven (dat zou te restrictief zijn), maar wel aan het belang van de verdediging'. Zie overigens ook paragraaf 2.3 (en vooral 2.3.4) hierboven, waarin wij erkennen dat sommige formuleringen die wij eerder in dit project hieromtrent hebben gebruikt, minder gelukkig waren en tot misverstand aanleiding konden geven.

antwoord daarop is helder en duidelijk. De verdediging – verdachte en zijn raadsman – moet steeds zo tijdig mogelijk in de gelegenheid worden gesteld om op alle door hen te bepalen punten verweer te voeren. Komen dergelijke tegenwerpingen naar voren, dan bestaat er maximaal ruimte om de gegrondheid daarvan te onderzoeken. Daarbij geldt dat er aanvullende mogelijkheden tot kritische evaluatie van het belastende materiaal zijn naarmate de beschuldiging een ernstiger karakter draagt. In dit opzicht is de vrijheid van de verdediging om een eigen processuele strategie te kiezen ongemeen groot. Maar die vrijheid heeft, zo hebben wij eerder aangegeven, geen vrijblijvend karakter. De verdediging mag een aangeboden mogelijkheid onbenut laten, maar dat heeft processuele consequenties. Het alsnog inroepen van verdedigingsrechten die in een eerder stadium gebruikt hadden kunnen worden, is alleen toegestaan indien er een rechtens relevante reden voor die proceshouding kan worden aangevoerd. Een raadsman die namens zijn cliënt bij de regiezitting afziet van het oproepen van bepaalde getuigen, kan daar later bijvoorbeeld op terugkomen indien het verloop van de terechtzitting leidt tot nieuwe gezichtspunten die tot nader feitenonderzoek nopen. Maar indien zich geen enkel novum voordoet, wordt de verdediging gehouden aan de eigen – in volle vrijheid genomen – tactische beslissingen.¹⁷⁵ De diepere achtergrond van dit systeembepalend kenmerk van de procedure is uiteraard dat op een verantwoorde wijze dient te worden omgegaan met de – per definitie schaarse – capaciteit van het systeem. Hierbij past het om ruimte te besteden aan de behandeling van contentieuze kwesties, maar niet om spelletjes te spelen. Het is van belang om hier te benadrukken dat een zorgvuldige invulling van schaarse capaciteit bij uitstek ook een *verdedigingsbelang* vormt. De structurele hervormingen die wij in het kader van het drie sporen-model hebben voorgesteld beogen nu juist om in vergelijking met het vigerende stelsel méér ruimte vrij te maken voor serieus onderzoek – zowel in de voorfase als op de terechtzitting – naar wezenlijke verschillen van inzicht tussen de verdediging en het openbaar ministerie. Het verantwoord omgaan met beschikbare capaciteit is dus niet primair een mechanisme om de economische kosten van rechtspleging in de hand te houden, maar beoogt vooral om over de hele linie de *kwaliteit* van de gedingvoering te optimaliseren.¹⁷⁶

De laatste hier te bespreken kwestie betreft de vraag in hoeverre de raadsman in strafzaken mag worden beschouwd als een ‘officer of the court’. In ons eerste interimrapport is dit reeds aan de orde gesteld bij de introductie van de betekenis van de ‘kernprofielen’ in het onderhavige onderzoeksproject.¹⁷⁷ Zo werd het voorstel gereleveerd – en uitgewerkt – om de verdachte domicilie te laten kiezen ten kantore van zijn raadsman, en is ook de daarop naar voren gebrachte kritiek vermeld dat dit de raadsman tot een ‘Organ der Rechtspflege’ zou maken, hetgeen

175 Hetzelfde geldt, mutatis mutandis, voor de verhouding tussen de fase van de eerste aanleg en die van het hoger beroep; zie het desbetreffende deelrapport in het derde interimrapport. De zienswijze van Franken en Prakken (‘Evenwicht in appel’, 2003) dat de verdediging alle mogelijkheden van de eerste aanleg kan laten passeren zonder enige consequentie voor de behandeling van het appel, kunnen wij niet delen.

176 Wellicht ten overvloed wijzen wij er op dat in onze voorstellen de zittingsrechter – zowel in eerste aanleg als in hoger beroep – een eigen verantwoordelijkheid behoudt voor de zorgvuldigheid en de compleetheid van het onderzoek. Signaleert de rechter een probleem dat van belang is in relatie tot de vragen van art. 348 resp. 350 Sv, dat ten onrechte noch door de verdediging, noch door het openbaar ministerie aan de orde wordt gesteld, dan zal hij daar ambtshalve onderzoek naar doen en een beslissing over nemen.

177 Zie het Algemeen Deel in het eerste interimrapport, p. 32.

onverenigbaar zou zijn met de kern van diens procespositie.¹⁷⁸ Later zijn de bedenkingen die Prakken bij deze gedachte heeft nog wat scherper geformuleerd. Zij is van oordeel dat hiermee de hoedanigheid van de raadsman als ‘officer of the court’ wordt benadrukt: ‘Tegelijk wordt het namelijk in die voorstellen bijvoorbeeld ook mogelijk de verdachte bij gelegenheid van de schorsing van de voorlopige hechtenis domicilie te laten kiezen, waarbij het kantoor van de raadsman als voor de hand liggend adres wordt gesuggereerd. Dat betekent wel dat de raadsman tussen zijn cliënt en de officiële rechtsorde in komt te staan: weigert hij zijn kantoor als gekozen domicilie te laten gebruiken, dan belet hij de invrijheidstelling van zijn cliënt, stemt hij toe, dan vergemakkelijkt hij de betekening van dagvaardingen en vonnissen ‘in persoon’ zonder dat er enige garantie is dat deze zijn cliënt werkelijk zullen bereiken. In feite is dan de verdachte zelf ‘officer of the court’ geworden, verplicht als hij wordt om aan zijn eigen vindbaarheid mee te werken, al is het maar fictief, maar wel met echte gevolgen. De raadsman wordt in feite in een positie gedwongen waarin hij de rechtspositie van zijn cliënt ondermijnt...’.¹⁷⁹ Opnieuw: wij zien dit geheel anders. De raadsman is er ten dienste van zijn cliënt. In onze optiek kan er geen sprake van zijn dat de raadsman tevens een verantwoordelijkheid zou hebben voor het bereiken van hogere doelen van de strafrechtspleging. Wat dat betreft kan van hem uitsluitend worden gevergd dat hij de publieke autoriteiten niet belet om *hun* werk goed te doen. Dat is eerder gebleken in de eis dat de raadsman justitie niet mag hinderen bij het navorsen van de waarheid. De raadsman behoeft dus in geen enkel opzicht een positieve bijdrage te leveren aan de doeleinden van het strafgeding, hij mag anderzijds de in het wetboek geregelde orde van het geding niet verstoren of in de weg staan. In dit licht moet ook de kwestie van de domiciliekeuze worden beoordeeld. Hierbij dient te worden vooropgezet dat het een (*mensen*)recht van de *verdachte* is om aanwezig te zijn bij de terechtzitting. Het behoort tevens – en in het verlengde hiervan – tot de grondslagen van het geding dat de verdachte, zoveel mogelijk persoonlijk, op de hoogte wordt gesteld van de tegen hem bestaande beschuldiging en van tijd en plaats van de terechtzitting. Dit zijn elementen die in beginsel in het belang van een goede verdediging zijn opgenomen en die meer in het algemeen – in het kader van een contradictoire gedingstructuur – bijdragen aan de kwaliteit van de terechtzitting. Het is dit kader waarin wij hebben voorgesteld dat de verdachte in bepaalde omstandigheden een gekozen adres dient op te geven, waar justitie mag worden geacht hem te kunnen bereiken. Dat *kan* het kantooradres van diens raadsman zijn, het kan ook – naar vrije keuze – enig ander adres zijn. De enige beperking van deze speelruimte voor de verdachte is dat hij zich niet, nadat hij onder het bereik van justitie is gekomen, alsnog effectief aan berechting kan onttrekken door zich met een technische kunstgreep onvindbaar te houden voor de autoriteiten. In onze voorstellen brengt dat zelfs met zich mee dat de voorlopig gedetineerde verdachte (door een schorsing) zijn vrijheid kan

178 H.M.E. Laméris-Tebbenhoff Rijnenberg, *Dagvaarding en berechting in aanwezigheid. De Nederlandse betekenisregeling in rechtshistorischen Europees perspectief* (diss. Groningen), Amsterdam: 1998, alsmede van dezelfde auteur deelrapport 2 in ons eerste interimrapport, p. 91 e.v.; respectievelijk E. Prakken in haar recensie van dit werk in *D&D* 1999, p. 60.

179 E. Prakken, ‘De positie van de raadsman in ons strafproces’, in: *Verdedigers in strafzaken*, a.w. p. 18. Zie voor een andere invulling van het concept van de ‘officer of the court’ A. Röttgering, a.w. p. 33.

herkrijgen als hij alleen maar opgeeft waar gerechtelijke stukken rechtsgeldig kunnen worden uitgebracht. Waar intrinsiek verdedigingsbelang (informatie over beschuldiging en terechtzitting, aanwezigheid) en een goede procesorde (geen eenzijdige onttrekking aan de mogelijkheid van berechting) zo duidelijk in dezelfde richting wijzen, ligt de gekozen oplossing nogal voor de hand. Om daarvan te zeggen dat de raadsman zo ‘tussen zijn cliënt en de officiële rechtsorde in komt te staan’ en dat de raadsman zo ‘in feite in een positie wordt gedwongen waarin hij de rechtspositie van zijn cliënt ondermijnt’ is een voorstelling van zaken die minst genomen merkwaardig voorkomt.

3.4 De politie en andere opsporingsambtenaren

De positie van de politie in het grote geheel van de strafvordering is tot dusverre binnen het onderhavige onderzoeksproject niet afzonderlijk gethematiseerd. Vanuit een institutionele invalshoek is het onderwerp zijdelings aangestipt in het eerste interimrapport bij de schets van redenen waarom een nieuwe systematische grondslag voor het wetboek van strafvordering noodzakelijk is.¹⁸⁰ Het lijkt ons opportuun hier een aantal fundamentele uitgangspunten te belichten die het politietoetreden in strafzaken beheersen.

Ingevolge art. 2 Politiewet omvat de taak van de politie het daadwerkelijk handhaven van de rechtsorde. Voor wat betreft de justitiële component hiervan is de politie belast met de opsporing van strafbare feiten (art. 141 Sv). Deze taak wordt vanouds uitgevoerd in, zoals de wet dat uitdrukt, ondergeschiktheid aan het bevoegd gezag. Daarmee wordt verwezen naar de hiërarchische relatie die in dit verband bestaat met het Openbaar Ministerie. De strafvorderlijke betekenis van het politiewerk – en de normering daarvan zoals die binnen dit onderzoeksproject gaandeweg gestalte heeft gekregen – kan evenwel onvoldoende worden doorgrond indien dit vertrekpunt niet zou worden gespiegeld aan de feitelijke verhoudingen zoals die onder het regiem van het wetboek van 1926 zijn geëvolueerd. Beperken we ons noodzakelijkerwijs tot enkele grote lijnen, dan kan ten eerste worden geconstateerd dat de verhouding tussen de politie en het openbaar ministerie gedurende – vooral – het laatste kwart van de 20^e eeuw aanzienlijk is veranderd. Dit werd met name veroorzaakt door een sterke professionalisering van het politieapparaat. In reactie op de in die tijd sterk gestegen criminaliteitscijfers¹⁸¹ nam de politieleiding zelf – met succes – initiatieven om tot uitbreiding van de capaciteit en tot herinrichting van de interne organisatie te komen. Het gevolg was onder andere een geleidelijke, en sluipende, verzelfstandiging van aanmerkelijke delen van het op de opsporing gerichte politiewerk. Deze ontwikkeling bleek uiteindelijk te leiden tot grote problemen met betrekking tot het rechtsstatelijk gehalte van de opsporingsfase. Volgens de welbekende diagnose van de hierop gerichte Parlementaire Enquete commissie (Van Traa) moest er zelfs worden gesproken van een *crisis* in de opsporing, en wel in drie opzichten: een ‘normeringscrisis’, een ‘organisatiecrisis’ en een ‘gezagscrisis’.¹⁸² Nog steeds in

180 Zie het Algemeen Deel van het eerste interimrapport, p. 10.

181 En op de kwalitatieve veranderingen in het criminaliteitsbeeld, waarbij vooral de georganiseerde misdaad de aandacht trok.

182 Zie het eindrapport van de commissie, getiteld *Enquete Opsporingsmethoden, Kamerstukken* 24 072, nr. 11, p. 413-415.

een notedop: de wetgever reageerde op deze situatie door middel van de WetBOB; en op bestuurlijk vlak werd besloten tot een reorganisatie van het OM, later aangevuld met maatregelen die de positie van de zogenoemde BOD'en beter moeten inkaderen.

Tegen deze achtergrond moeten de belangrijkste voorstellen binnen ons onderzoeksproject omtrent de rol van de politie worden geplaatst. Deze kunnen in een aantal rubrieken worden gegroepeerd, die alle rechtstreekse functies hebben in termen van de systematische grondslagen van het wetboek van strafvordering.

Ten eerste wordt ook binnen dit project benadrukt dat alle strafvorderlijke activiteiten van de politie onder leiding staan van de officier van justitie.¹⁸³ Maar hierbij moet worden aangetekend dat het door ons gehanteerde opsporingsbegrip ruimer is dan binnen het geldende recht het geval is (art. 132a Sv). Opsporing is wat ons betreft een *taak*, waarmee niet pas wordt begonnen na het intreden van een fase waarin in technische zin een 'verdenking' is gerezen dat een strafbaar feit is (of zal worden) begaan. Opsporing is ieder van overheidswege uitgevoerd onderzoek dat is gericht op het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Al het doen – en het nalaten – van de politie dat in dit verband plaatsheeft staat onder het gezag van de officier van justitie. Zeggenschap en verantwoordelijkheid gaan hierbij samen. De officier kan algemene en bijzondere aanwijzingen geven en legt hiervoor verantwoording af aan de toezichthoudende strafvorderlijke autoriteiten.

De vraag rijst of dit uitgangspunt met zich meebrengt dat de politie in strafvorderlijk verband geen eigen vrije beleidsruimte toekomt. In beginsel is dit niet het geval. De centrale leidende rol van het openbaar ministerie impliceert dat de officier van justitie potentieel kan ingrijpen in iedere beleidsbeslissing met betrekking tot de strafvorderlijke taakuitoefening door de politie. Hierbij passen evenwel twee kanttekeningen. De eerste is dat de aanwijzingsbevoegdheid van het openbaar ministerie in de praktijk op een groot aantal terreinen sluimerend zal blijven. Dat wil zeggen dat de politie een eigen gedragslijn kan kiezen tot het moment waarop het openbaar ministerie het opportuun acht om zijn superviserende bevoegdheid te activeren. De tweede kanttekening betreft de omgang met de onvermijdelijk schaarse capaciteit ten behoeve van strafvorderlijke activiteiten. Op dit punt kan niet in volle omvang worden uitgegaan van een doorslaggevende inbreng van het openbaar ministerie. Binnen het driehoeksoverleg zullen afspraken moeten worden gemaakt omtrent een optimale aanwending van de beschikbare politiesterkte.

Een derde uitgangspunt dat de systematische grondslag van het wetboek raakt is het gegeven dat de politie van vitaal belang is voor zowel de waarheidsvinding als de bewijsvoering in strafzaken. Het is cruciaal om beide punten afzonderlijk te benadrukken. Dat de politie van eminente betekenis is in relatie tot de waarheidsvinding is in zekere zin vanzelfsprekend en behoeft – daarom – weinig toelichting. Wij signaleren slechts het eigenlijke researchewerk (technisch sporenonderzoek daaronder begrepen), het toepassen van (bijzondere) opsporingsbevoegdheden, en het opnemen van verklaringen. Het is evident dat deze functie van het politieapparaat in de toekomst moet worden behouden. Bij het tweede punt

183 Zie het tweede interimrapport, Algemeen Deel p. 30 e.v. en uitvoeriger in deelrapport 2, *Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak* (G. Knigge & N.J.M. Kwakman), p. 125 e.v.

– de bewijsrechtelijke invalshoek – dienen we een ogenblik langer stil te staan. De ruimhartige aanvaarding van verklaringen *de auditu* in het Nederlandse strafprocesrecht heeft geleid tot een dominante betekenis van het politiewerk voor de bewijsvoering ter terechtzitting. Verklaringen van de verdachte en van getuigen (de aangever) bereiken de rechter veelal door de tussenkomst van het politie proces-verbaal. Daarbij is een bijzonder kenmerk van deze op schrift gestelde verklaringen dat zij in verschillende opzichten vooruit plegen te lopen op de door de rechter te nemen bewijsbeslissing. Zo worden de mondelinge verklaringen doorgaans gerelateerd in wat wordt genoemd een ‘zakelijke weergave’. Deze werkwijze houdt in dat een in gewone spreektaal verwoord relaas al door de verbalisant wordt ‘omgezet’ in de voor een bewezenverklaring relevante – dus vaak aan de wet ontleende – termen.¹⁸⁴ Alleen vanuit deze achtergrond kan worden begrepen dat verdachten met een zeer bescheiden opleidingsniveau vrijwel standaard tegen een opsporingsambtenaar verklaren ‘dat zij van niemand recht of toestemming hebben verkregen’ voor de verweten gedraging.¹⁸⁵ In gelijke zin is het gangbaar dat het slachtoffer dat aangifte doet van een inbraak, niet gehinderd door enige vorm van juridische opleiding of achtergrond, in een door de politie opgemaakt proces-verbaal pleegt te verklaren dat hij ‘niemand recht of toestemming heeft gegeven zijn huis te betreden’. Dergelijke verklaringen zijn voor de praktijk van de rechtspleging buitengewoon belangrijk. Wordt in het bureau een bekennende verklaring van de verdachte genoteerd, dan zal hij daar gedurende de rest van de procedure mee worden achtervolgd. Wenst hij zo’n verklaring te herroepen, dan zal hij in beginsel toch iets hebben uit te leggen. Een rechter ter zitting zal immers beginnen met betekenis toe te kennen aan de omstandigheid dat het proces-verbaal standaard wordt afgerond met de mededeling dat de inhoud van het stuk aan de verklarende persoon is voorgehouden en dat deze ter bevestiging van de inhoud een handtekening plaatst. De hier kort weergegeven werkwijze vormt een kernelement in de Nederlandse manier van procederen in strafzaken. Een voordeel hiervan is gelegen in de slagvaardigheid. Ook in grotere onderzoeken spelen zogeheten ‘stamp-v’s’ met uitvoerige bijlagen in bewijsrechtelijke zin vaak een doorslaggevende rol. Het voordeel van de doelmatigheid, dat voor de toekomst zoveel mogelijk dient te worden behouden, mag ons er echter niet van weerhouden om ook de precieze kanten van deze praktijk onder ogen te zien. Daartoe strekt het volgende te bespreken uitgangspunt ten aanzien van de normering van het politiewerk.

Tegen de achtergrond van de beschreven basiskenmerken van het strafvorderlijke politieoptreden (onderschikking aan het OM, groot belang voor waarheidsvinding en bewijslevering) wordt de normering daarvan beheerst door twee samenhangende kernbegrippen: transparantie en verantwoording. Toetsing van activiteiten is uitsluitend mogelijk voorzover inzicht bestaat in wat er is ondernomen en nagelaten. Bijgevolg veronderstelt een transparant politiewerk een zorgvuldige verslaglegging van alle optreden dat is gericht op het nemen van strafvorderlijke

184 Natuurlijk met inachtneming van het voorschrift van de eerste volzin in art. 29 lid 3 Sv. Zie omtrent de praktische betekenis van deze bepaling N. Jörg in A.L. Melai c.s., aant. 18 op art. 29 (suppl. 108).

185 De terloopse opmerking van de verdachte dat hij iets heeft ‘gejat’ kan bijvoorbeeld vrij gemakkelijk in het p-v worden opgetekend als de verklaring dat hij ‘heeft weggenomen met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening’, al dan niet onder kwalificerende omstandigheden.

beslissingen.¹⁸⁶ Die verslaglegging kan vervolgens worden aangewend voor het afleggen van verantwoording aan de bevoegde autoriteiten: het openbaar ministerie als supervisor van het opsporingstraject en de rechter als in laatste instantie bevoegde toetsende instantie. Ook de verdediging speelt in dit verband een rol. Tenzij dringende onderzoeksbelangen zich daartegen verzetten, wordt de verdachte en zijn raadsman (in het kader van de interne openbaarheid van het geding) op de hoogte gehouden van ontwikkelingen, zodat er tijdig gelegenheid kan worden geboden om een rechtmatigheidstoetsing te laten uitvoeren of op nadere onderzoekshandelingen aan te dringen.

Deze grondstructuur is in het onderhavige onderzoeksproject strakker uitgewerkt dan naar geldend recht het geval is.¹⁸⁷ Wij volstaan met het noemen van drie representatieve voorbeelden.

Het eerste betreft de normering van het politieverhoor. Wij hebben voorgesteld dat deze cruciale verhoorsituatie in een aantal opzichten dient te worden geprotocolleerd.¹⁸⁸ De 'state of the art' dient als richtlijn te worden vastgelegd, zodat experimenten als de 'Zaanse verhoormethode' niet op initiatief van een enkel politiecorps van de grond kunnen komen. En teneinde de transparantie van het optreden in concrete strafzaken te vergroten hebben wij aanbevolen om het politieke verdachtenverhoor audio-visueel vast te leggen. Daarmee wordt niet alleen bevorderd dat er geen onredelijke druk op de verdachte wordt uitgeoefend om een bepaalde verklaring af te leggen, maar wordt tevens een meer volledige controle mogelijk gemaakt op de vraag of de door de verdachte afgelegde verklaringen op een correcte wijze een (bewijsrechtelijk te hanteren) neerslag hebben gevonden in het proces-verbaal van verhoor.

Het tweede voorbeeld heeft betrekking op een betere afstemming van het regiem van rechtsbescherming op de organieke en functionele verhoudingen binnen het voorbereidend onderzoek. In het geldende wetboek zijn structureel voorzieningen getroffen voor een doordacht niveau van rechtsbescherming vanaf de fase waarin de vervolging een aanvang neemt. Gegeven de verhoudingen tussen politie, het openbaar ministerie en de rechter(-commissaris) in het vooronderzoek is deze structuur niet langer verdedigbaar. Daarom hebben wij voorgesteld het startpunt van een *systeem* van rechtsbeschermende voorzieningen in de tijd te leggen bij het moment waarop het eerste politieke verdachtenverhoor plaatsheeft.¹⁸⁹ Vanaf dat moment krijgt de verdachte aanspraak op een 'echte procespositie', met regels omtrent de inwendige openbaarheid van de procedure, waarborgen rond de voortgang van de zaak, en mogelijkheden om de loop van het onderzoek te beïnvloeden. Het is duidelijk dat deze nieuwe aanpak een meer gestructureerd wettelijk kader voor het politiewerk oplevert dan naar geldend recht het geval is.

Hetzelfde geldt voor het derde en laatste voorbeeld. In afwijking van het bestaande stelsel zijn wij van oordeel dat het wetboek dient te worden aangevuld

186 Zie deelrapport 4 ('Normering van de opsporing', Y.G.M. Baaijens-van Geloven & J.B.H.M. Simmelink) in het Derde Interimrapport, p. 437 e.v., met name p. 589 e.v.

187 Zie binnen het vigerende wetboek onder andere art. 126aa (omtrent het verplicht voegen van p-v's bij de processtukken) en art. 126bb (omtrent het informeren van 'betrokkene').

188 Zie deelrapport 7 ('De toelating van de raadsman tot het politieke verdachtenverhoor. Een status questionis op de drempel van de eenentwintigste eeuw', C.J.C.F. Fijnaut) in het Tweede Interimrapport, p. 671 e.v., ook voor het direct navolgende.

189 Zie deelrapport 4 ('Vervolg en rechtsbescherming', J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven) in het Tweede Interimrapport, p. 387 e.v.

met het oog op twee typen van gevallen waarin een reële behoefte aan rechtsbescherming bestaat. Het eerste daarvan ziet op situaties waarin er na een opsporingsonderzoek geen strafvervolgning volgt, zodat verantwoording voor het politietoetreden niet kan worden afgelegd tegenover een rechter ter terechtzitting. Ook in dergelijke gevallen is een 'effective remedy' binnen het strafvorderlijk systeem aangewezen. En daarnaast zijn er legitieme klachten denkbaar over het *uitblijven* van politietoetreden of juist over *voorgenomen* politietoetreden. Voorzover dergelijke bezwaren thans moeten worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter in kort geding, bepleiten wij een aanvullende desbetreffende voorziening in het wetboek van strafvordering.¹⁹⁰

Naast de reguliere politie zijn ook allerlei andere instanties belast met de opsporing van strafbare feiten. In dit verband wordt onderscheid gemaakt tussen 'gewone' en 'buitengewone' opsporingsambtenaren. Bovendien kennen we op strafvorderlijk terrein op ruime schaal inbreng van de BOD's (de bijzondere opsporingsdiensten) en van verschillende Inspecties.¹⁹¹ Teneinde een heldere schets te geven van de (door ons) gewenste principiële positie van deze diensten is het nuttig om eerst aan te geven dat de gefragmenteerde regeling van hun taken en bevoegdheden naar geldend recht aanleiding heeft gegeven tot drie problemen. Ten eerste berust het toekennen van opsporingstaken nu in de praktijk veelal niet op de wet maar op een beslissing van de administratie om sommige personen in een bepaalde hoedanigheid aan te wijzen. Ten tweede is de zogenaamde bijzondere opsporing niet in het Wetboek van Strafvordering geregeld, maar in bijzondere wetten, waarbij bijvoorbeeld een prominente plaats toekomt aan de WED. Mede als uitvloeisel daarvan is er, ten derde, sprake van een opeenstapeling van bevoegdheden: ambtenaren kunnen in het contact met burgers veelal terugvallen op steeds wisselende normenstelsels, hetgeen de inzichtelijkheid en de controleerbaarheid niet ten goede komt.

Wij hebben daarom een nieuwe grondstructuur voor het toedelen van taken en bevoegdheden voorgesteld. Hierbij geldt als uitgangspunt dat de bijzondere opsporing in beginsel in het wetboek moet worden geregeld, dat beperkte delegatie bij toedeling van opsporingstaken mogelijk is, en dat bij het toedelen van opsporingsbevoegdheden horizontale differentiatie geboden is. Voor de hiervoor genoemde instanties leidt dit in concreto tot de volgende uitkomst.

De BOD's *nieuwe stijl* hebben primair een taak op het beleidsterrein waarvoor zij in het leven zijn geroepen. Dit brengt met zich mee dat zij zullen kunnen beschikken over de 'WED-bevoegdheden' (die in ons model dus zijn ondergebracht in het wetboek), maar in beginsel alleen ten aanzien van de handhaving van de wetten die van het eigen vakdepartement afkomstig zijn. Daarnaast kunnen zij de algemene opsporingsbevoegdheden toepassen, met uitzondering van ingrijpende BOB-bevoegdheden als direct af luisteren en infiltratie. Voor het bestrijden van

190 Zie hoofdstuk 4 van dit Algemeen Deel.

191 Voor dit onderdeel gaan we uit van de Inspecties 'nieuw stijl'. Zie voor het gehele onderwerp Deelrapport 5, 'De verhouding van het Wetboek van Strafvordering, de opsporingsbevoegdheden in bijzondere wetten en de buitengewone opsporing' (N.J.M. Kwakman) in het derde interimrapport (p. 599-688), en voor een korte samenvatting het Algemeen Deel in dat rapport, p. 51-60 (G. Knigge).

georganiseerde criminaliteit zijn zij immers niet in het leven geroepen; op dit punt spelen zij hooguit een rol die de reguliere politie kan ondersteunen.

De *Inspecties nieuwe stijl*, primair belast met Awb-toezicht, krijgen een beperkte en bescheiden opsporingstaak. Anders dan naar geldend recht het geval is, stellen wij enerzijds voor om *alle* toezichthouders opsporingsbevoegdheid toe te kennen, maar anderzijds om die bevoegdheid te beperken tot (eenvoudige) overtredingen van de wetten en verordeningen waarop het toezicht betrekking heeft, aangevuld met enkele connexe commune delicten (zoals art. 180 en 267 Sr).¹⁹² Voor deze taak volstaat een gelimiteerd arsenaal bevoegdheden: naast de oude WED-bevoegdheden hebben wij gewezen op het staande houden en aanhouden alsmede op de bevoegdheid om proces-verbaal op te maken.

Het behoort tot de grondslagen van de strafvordering zoals die in dit onderzoeksproject zijn ontwikkeld dat de opsporing onder leiding staat van een lid van het Openbaar Ministerie. Dat geldt dus ook ten aanzien van de onderhavige instanties. De BOD'en staan voor wat betreft de door hen uit te voeren opsporings-taken onder het hiërarchische gezag van het zogeheten functionele parket, een landelijk aansturend onderdeel van het openbaar ministerie.¹⁹³ Net als bij het 'gewone' politieapparaat het geval is, zal dus ook de officier van justitie in rechte verantwoording moeten (kunnen) afleggen over de met opsporing verband houdende verrichtingen van BOD'en. Hierbij zijn twee kanttekeningen te maken. Ten eerste dient te worden bedacht dat de beheersfunctie ten aanzien van deze diensten – die in handen ligt van de betrokken vakdepartementen – niet is onderworpen aan een systeem van overleg c.q. inspraak zoals dat in de Politiewet is uitgewerkt en geformaliseerd (art. 14 PW, art. 27 PW, met een geschillenregeling in art. 29 PW). Het is tegen deze achtergrond dat ook moet worden begrepen dat vooral op het onderhavige werkterrein er inmiddels een praktijk is gegroeid waarin het (functionele) parket met de betrokken diensten zogenoemde handhavingsconvenanten sluit waarin per tijdvak wordt aangegeven welke prestaties men over en weer van elkaar mag verwachten. Het gaat daarbij enerzijds om toezeggingen omtrent aantallen aan te leveren (strafrechtelijk haalbare) zaken, en anderzijds om afspraken die inhouden dat aan de aangeleverde zaken een adequaat vervolg zal worden gegeven. De tweede kanttekening betreft de discretionaire speelruimte voor de nieuwe BOD'en. Uit het voorafgaande vloeit voort dat voorzover het gaat om (de wijze van) het aanwenden van opsporingsbevoegdheden de verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie steeds kan worden geactiveerd. Het spreekt daarbij vanzelf dat deze bemoeienis intensiever zal worden indien de BOD bijvoorbeeld samenwerkt met de reguliere politie bij het bestrijden van georganiseerde criminaliteit.

Voor de Inspecties nieuwe stijl geldt *mutatis mutandis* hetzelfde. Zoals gezegd zijn deze instanties vooral belast met Awb-toezicht. Voorzover zij daarnaast een beperkte en bescheiden opsporingstaak krijgen, staan zij daarbij uiteraard onder het gezag van het Openbaar Ministerie. De opmerkingen die zojuist zijn gemaakt

192 Met als aanvullende voorwaarde dat de toezichthouder is beëdigd als opsporingsambtenaar, waaruit wettelijk geregelde waarborgen voortvloeien.

193 In deelrapport 5 van het derde Interimrapport (N.J.M. Kwakman, p. 667) is enige zorg uitgesproken omtrent deze constructie, mede omdat hierdoor de verzelfstandiging van de BOD's ten opzichte van de reguliere politie wordt benadrukt.

omtrent het *beheer* van de BOD' en zijn *a fortiori* van toepassing op het werk van de Inspecties.

3.5 Het openbaar ministerie

Het kernprofiel van het openbaar ministerie zoals dat in ons eerste interimrapport is geschetst, wijkt nauwelijks af van het geldende recht. Het gaat om drie systeembepalende kenmerken. Ten eerste: de officier van justitie heeft de leiding over de opsporing. Zeggenschappen verantwoordelijkheid gaan hierbij hand in hand. Ten tweede: het opportuniteitsbeginsel wordt in zijn huidige vorm gehandhaafd. De officier van justitie is in zoverre de *dominus litis*, dat hij in beginsel eenzijdig de buitengrenzen van de strafrechtelijke vervolging kan bepalen.¹⁹⁴ En ten derde: leden van het openbaar ministerie hebben in alle fasen van het strafgeding een 'magistratelijke' rol. Zij zijn gehouden een in alle opzichten correcte toepassing van het recht na te streven; en zij dienen hun werk te (kunnen) verrichten zonder enige beïnvloeding door politieke organen.

Deze eerste, voorlopige profielschets liet twee vragen expliciet onbeantwoord.¹⁹⁵ De eerste daarvan heeft betrekking op de aard van de bemoeienis van de officier van justitie met de opsporing. Overwogen zou nog moeten worden of de aanduiding 'leiding' eventueel dient te worden vervangen door 'het waken over de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek'. En daarnaast werd in het vooruitzicht gesteld dat nader invulling zou worden gegeven aan de magistratelijke rol van het OM, meer in het bijzonder aan de vraag welke meerwaarde dit uitgangspunt heeft ten opzichte van de houding die van (andere) bestuursorganen mag worden verwacht bij de uitvoering van hun taken.

De opgeworpen vragen hangen nauw samen en zijn uitvoerig aan de orde gesteld in de latere fasen van ons onderzoeksproject. De eerstgenoemde vraag is daarbij met nadruk ontkennend beantwoord. Op grond van een analyse van de positie van het openbaar ministerie binnen de *trias politica* zijn aanknopingspunten ontwikkeld voor de inschakeling van het openbaar ministerie bij het opsporingsonderzoek en de wijze waarop men de relatie tussen het openbaar ministerie en het opsporingsapparaat uitgewerkt wil zien.¹⁹⁶ Wij resumeren de belangrijkste bevindingen. De officier van justitie dient garant te staan voor de rechtsstatelijkheid van de opsporing. Die waarborgfunctie vereist dat hij een wezenlijke rol speelt, althans kan spelen, in de opsporing. Hij houdt toezicht en kan ingrijpen als dat nodig is. Hij heeft geen volgende, legitimerende rol, maar een bepalende, sturende, een superviserende rol. Uiteraard zal hij zich doorgaans niet mengen in tactisch-operationele zaken, maar zijn gezag kan op ieder moment worden geactiveerd. Zijn leidende positie kan manifest worden op eigen initiatief of wanneer de opsporingsinstantie daar zelf om vraagt. En: naarmate het gewicht of de complexiteit van de zaak toeneemt, zal de officier van justitie er in de regel nauwer bij betrokken zijn. Deze principes blijken ook uit de regeling van de dwangmiddelen.

194 'In beginsel', vanwege het rechterlijke toezicht ex art. 12 e.v. Sv.

195 *Het onderzoek ter zitting*, Algemeen deel, p. 36.

196 Zie 'Vervolgving en rechtsbescherming' (J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven) in *Het vooronderzoek in strafzaken*, met name p. 394-397 en p. 416-421. Zie in hetzelfde interimrapport ook het Algemeen deel, p. 40-42.

Als voor de toepassing van een dwangmiddel een rechterlijk verlof nodig is, kan dat alleen worden gevraagd door tussenkomst van het openbaar ministerie. Indien dergelijke permissie niet is vereist, zal evenzeer in beginsel de officier van justitie over de toepassing van dwangmiddelen beslissen.¹⁹⁷ Daarmee is de grondslag en het bereik van de positie van de officier van justitie als leider van het opsporingsonderzoek hecht verankerd.¹⁹⁸

De tweede vraag bleek moeilijker te beantwoorden. Leden van het openbaar ministerie hebben een ‘magistratelijke’ rol. Wat is de meerwaarde van deze even statige als geruuststellende typering ten opzichte van echte bestuursorganen in ons staatsbestel? Alleen in de opdracht tot correcte en evenwichtige rechtstoepassing kan het niet gelegen zijn. Dat is een eis die in het bestuursrecht meer in het algemeen aan overheidsoptreden wordt gesteld. De onafhankelijkheid van beïnvloeding door politieke organen is op zichzelf – als een op het recht georiënteerde opdracht of aspiratie – evenmin uniek voor het openbaar ministerie. Wat echter wel exclusief is voor het OM, is de *wettelijke vorm* die gekozen is om de betekenis van dit normatieve streven in het verband van het strafrecht te onderstrepen. Het openbaar ministerie is – anders dan enig ander bestuursorgaan – deel van de rechterlijke macht. Daarmee zijn de opleidingseisen voor de rechterlijke macht van toepassing, vindt aanstelling als lid van het openbaar ministerie in beginsel plaats voor het leven en wordt de bezoldiging bij wet geregeld.¹⁹⁹ Natuurlijk kunnen deze wettelijke vormen geen absolute waarborgen opleveren voor een taakvervulling die materieel steeds volledig is onttrokken aan politiek gemotiveerde beïnvloeding. Maar verder dan dit kunnen we niet gaan in het recht. Een volledig onafhankelijke positie – zoals die van de zittende magistratuur – zou slecht passen bij de aard van de wettelijke taken van het openbaar ministerie. De meerwaarde van het magistratelijk karakter van het openbaar ministerie is dus in laatste instantie gelegen in de omstandigheid dat binnen het strafrecht met de meest krachtige middelen die onze rechtsorde kent wordt onderstreept dat het openbaar ministerie zich in het kader van een behoorlijke taakvervulling uitsluitend en alleen mag oriënteren op de abstracte idealen die aan het concept van de rechtsstaat zijn verbonden.

De hiervoor vermelde denkbeelden omtrent de positie van het openbaar ministerie in strafzaken hebben in de literatuur niet tot bedenkingen geleid die hier dienen te worden besproken. Enkele andere onderwerpen vragen evenwel nog kort de aandacht. Zo is het om te beginnen zinvol enkele aanvullende opmerkingen te maken omtrent de positie van het openbaar ministerie in het zogeheten ‘derde spoor’.²⁰⁰ Het principiële verschil tussen de traditionele taken van het openbaar ministerie en de rol die wordt vervuld binnen het derde spoor is dat in de

197 Zie de uitwerking in ‘Normering van de opsporing’ (Y.G.M. Baaijens-van Geloven & J.B.H.M. Simmelink), in *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, p. 437-598.

198 Het openbaar ministerie is dus ook belast met de integrale controle op de rechtmatigheid van de bewijsgaring; in dit opzicht loopt het vooruit op de rol van de zittingsrechter.

199 Tegen deze achtergrond moet ook de zorgvuldige procedure worden gezien omtrent het hanteren van de aanwijzingsbevoegdheid van art. 127 RO.

200 Zie ‘Buitengerechtelijke afdoening’ (A.R. Hartmann) in *Het onderzoek ter zitting*, p. 59-90; ‘Buitengerechtelijke afdoening II’ (A.R. Hartmann) in *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, p. 79-198 alsmede de samenvatting in het Algemeen deel op p. 26-36; en ‘Rondom de vervolgingsbeslissing’ (J.B.H.M. Simmelink), deelrapport 1 infra.

laatstgenoemde omgeving unilateraal een strafsancie kan worden opgelegd. Het openbaar ministerie krijgt dus de bevoegdheid om eenzijdig en rechtens bindend de rechtsgevolgen vast te stellen van een strafbaar feit. Naar ons oordeel is dit zeer wel verenigbaar met het kernprofiel van het openbaar ministerie zoals dat hiervoor ter sprake is gebracht. Met name de omstandigheid dat er procedurele waarborgen in acht dienen te worden genomen – die in gewicht toenemen naarmate een zwaardere sancie in aanmerking komt – alsmede het gegeven dat er altijd beroep op de rechter openstaat, maakt dat het derde spoor juist een hecht in het systeem te funderen mogelijkheid biedt om het magistratelijk karakter van het openbaar ministerie optimaal te benutten. De justitiabele mag van dit orgaan verwachten dat alle in aanmerking komende belangen objectief in de besluitvorming worden betrokken.²⁰¹ Ten opzichte van de bestaande transactiepraktijk is – vanuit het oogpunt van rechtsbescherming – het meest significante verschil dat niet langer een premie wordt gesteld op stilzitten. En dat past nu weer precies bij de meer algemene uitgangspunten die in het onderhavige project centraal staan.²⁰² Wel rijst nog de vraag hoe te rechtvaardigen is dat binnen het derde spoor de bevoegdheid om sancties op te leggen ook bij wet kan worden toegekend aan andere instanties, zoals de politie (WAHV), de ECD of de Mededingingsautoriteit. In onze visie kan dit alleen voorzover het vervolgingsmonopolie van het openbaar ministerie materieel wordt gerespecteerd. Dat betekent dat in dergelijke gevallen het openbaar ministerie de taak behoudt om te waken voor de eenheid in de strafrechtelijke rechtshandhaving, onder andere in de vorm van een systeem van toezicht en controle. Een essentieel onderdeel daarvan is dat het openbaar ministerie steeds bevoegd blijft om een opgelegde sancie in te trekken of te corrigeren.²⁰³ Volledigheidshalve voegen wij toe dat een tweede uit het systeem voortvloeiende beperking inhoudt dat de beslissing omtrent strafvervolgning noch formeel, noch informeel kan worden gedelegeerd aan private benadeelden.²⁰⁴

Een tweede onderwerp waarover aanvullende opmerkingen opportuun zijn, houdt verband met de interne organisatie van het openbaar ministerie. In de voorafgaande onderdelen is steeds gesproken over de principiële kanten van de procespositie van *het openbaar ministerie*. Maar op sommige plaatsen – bijvoorbeeld bij de omlijning van de leiding van het opsporingsonderzoek – werden functies en/of taken en/of bevoegdheden toebedacht aan *de officier van justitie*. Dit leidt tot de vraag naar de onderlinge verhouding tussen ‘het OM’ en ‘de officier’ of andere functionarissen binnen de parketten. In enkele woorden samengevat komt het er op neer dat wij slechts in zeer beperkte mate ruimte zien voor een eigen juridisch statuut voor de officier van justitie binnen het openbaar ministerie. De strafprocesuele bevoegdheden worden door de wetgever op principiële gronden toegekend aan de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie – een rechtsgeleerde, een lid van de staande magistratuur. De vraag *aan welk lid* van het openbaar ministerie zo’n bevoegdheid toekomt, is in aanmerkelijk mindere mate van

201 Vgl. A.C. ‘t Hart, ‘Goed bestuur en integere rechtshandhaving’, in dezelfde, *De meerwaarde van het strafrecht*, Den Haag 1997, p. 23-40.

202 Nu even zonder nadere toelichting of bronvermelding: het contradictoire karakter van het geding, het dialoogkarakter, de agenda van het proces die mede door de proceshouding van de deelnemers wordt bepaald, en de gedachte van vrijheid die niet mag verkeren in vrijblijvendheid.

203 Zie voor de details het deelrapport ‘Rondom de vervolgingsbeslissing’ (J.B.H.M. Simmelink), *infra*.

204 Zie voor de argumentatie het Algemeen deel in *Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 78-86.

principeel of van systematisch belang. Dat lijkt slechts in sommige gevallen een kwestie van wetgevingsbeleid te zijn²⁰⁵, maar veel vaker een kwestie van intern beleid of van interne organisatie. Daaruit leiden wij af dat wanneer het wetboek van strafvordering een bevoegdheid reserveert voor ‘de officier van justitie’, dat een bevoegdheid is over de toepassing waarvan binnen de organisatie van het parket kan worden besloten.²⁰⁶ In beginsel betekent dit dat het optreden van de individuele officier in volle omvang wordt beheerst door zijn plaats in de hiërarchische verhoudingen binnen het openbaar ministerie. Uiteraard vloeit uit het magistratelijk karakter van zijn ambtsuitoefening voort dat hij de vrijheid behoudt om de inrichting van zijn requisitoir mede te laten afhangen van datgene wat ter terechtzitting is voorgevallen, maar daarbuiten is hij in principe gebonden aan de instructies die hem door zijn superieuren worden verstrekt.²⁰⁷ Voorzover wij kunnen zien, is alleen langs deze weg een redelijke mate van ‘eenheid en ondeelbaarheid’ van het openbaar ministerie op een rechtens berekenbare wijze te verzekeren.²⁰⁸

Tenslotte de vraag in hoeverre het openbaar ministerie vrij is om over het gebruik van processuele bevoegdheden afspraken te maken met andere betrokkenen in het strafgeding. Wij verwijzen voor deze kwestie naar paragraaf 5.2 van dit Algemeen deel en naar deelrapport 1 hieronder.

3.6 De rechter in het vooronderzoek

In het eerste interimrapport hebben wij geen kernprofiel opgenomen van de rechter in het vooronderzoek. Dat kon ook niet, omdat het voorbereidend onderzoek in strafzaken toen nog niet vanuit systematisch oogpunt was doorgelicht. In de later verschenen interimrapporten is hierin voorzien. De resultaten kunnen worden vertaald naar een aantal positief bepaalde en een aantal negatief onderscheidende kenmerken.

De specifiek rechterlijke inbreng gedurende het vooronderzoek is vereist ten behoeve van het uitvoeren van drie typen taken.²⁰⁹ In de eerste plaats is de rechter in een aantal gevallen belast met het beoordelen of een *machting* kan worden

205 Een voorbeeld wordt gevormd door de bevoegdheid van de advocaat-generaal om een hoger beroep in te trekken dat is ingesteld door de officier van justitie; zie art. 453 lid 2 Sv en daarover het deelrapport ‘Hoger beroep’ (M.S. Groenhuijsen & J. de Hullu) in *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, p. 389.

206 Met dien verstande dat de wettelijke bevoegdheden van ‘de officier van justitie’ niet op grond van intern organisatorische afspraken in formele zin kunnen worden uitgeoefend door niet – of niet noodzakelijk – rechtsgelerde functionarissen als de parketsecretarissen.

207 Ter illustratie wijzen wij op de bekende strafzaak tegen de arts K., die werd vervolgd wegens euthanasie. De behandelend officier van justitie – die de zaak aanbracht in opdracht van zijn hoofdofficier – vorderde de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie, omdat naar zijn persoonlijke mening de wetgeving op dit terrein (met de meldingsplicht voor de arts) in strijd is met het *nemo tenetur*-beginsel. N. Jörg (in Melai c.s., *Het wetboek van strafvordering*, aant. 8b op art. 29, suppl. 108) vindt dat dit getuigt ‘van sociaal inzicht en moed’. Niettemin werd de betrokken officier officieel berispt, hetgeen werd gesauveerd door de CRvB (10 juli 1997, *TAR* 1997, 141). De steunbetuiging door Jörg lijkt ons misplaatst; hier kan verder in het midden blijven of de hoofdofficier niet verstandiger zou hebben gedaan om een officier met de zaak te belasten die geen gewetensproblemen had met de betrokken wetgeving.

208 Zie omtrent de aard en de beperkingen van de notie van het ‘één- en ondeelbare OM’ J. Reijntjes in Melai c.s., *Het wetboek van strafvordering*, aant. 16 op art. 7-11.

209 Zie ‘De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek’ (A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis) in *Het vooronderzoek in strafzaken*, p. 497 e.v.; ‘Normering van de opsporing’ (Y.G.M. Baaijens-van Geloven & J.B.H.M. Simmelink), in *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, p. 437 e.v.; en ‘Bijzondere procedures’ (A.E. Harteveld), *infra*.

gegeven voor het toepassen van bepaalde dwangmiddelen. Ten aanzien van de meest ingrijpende dwangmiddelen – een vergelijkende, aan inbreuken op grondrechten gerelateerde maatstaf²¹⁰ – wordt de meest intensieve, de meest op het recht georiënteerde en de meest afstandelijke toetsing vereist. Echte rechterlijke onafhankelijkheid, ook met distantie ten opzichte van het opsporingsapparaat, is dan een noodzakelijke waarborg. De tweede taak waarbij rechterlijke inbreng niet kan worden gemist betreft het plaatsvervangend uitvoeren van een onderzoeksfunctie. Dat is om te beginnen aan de orde waar het gaat om verrichtingen gedurende het voorbereidend onderzoek die uit hun aard een vrij definitief karakter hebben. En daarnaast zijn sommige beslissingen omtrent de voortzetting van de zaak dermate verstrekkend dat een evenwichtige feitelijke voorbereiding daarvan alleen verantwoord kan geschieden door inschakeling van een rechter. Het kernprofiel van de rechter in de fase van het vooronderzoek houdt in dat de rechter in dit verband geen zelfstandige initiatieven neemt, maar dat zowel het openbaar ministerie als de verdediging bevoegd is de hierbedoelde onderzoekshandelingen uit te lokken.²¹¹ En in de derde plaats wordt de rechter gedurende het vooronderzoek geëdieerd teneinde allerlei *incidenten* te behandelen die zich voorafgaand aan de terechtzitting kunnen voordoen.²¹²

Als negatief onderscheidende kenmerken van de positie van de rechter in het vooronderzoek kunnen eveneens drie (uiteraard nauw samenhangende) elementen worden onderscheiden. Ten eerste: de rechter is niet belast met de leiding van het voorbereidende onderzoek of van enige strafvorderlijk te duiden fase daarin. Ten tweede: er is geen onderzoeksrechter in de strikte zin van het woord, die zelfstandig verantwoordelijkheid draagt voor het ‘rond’ krijgen van het onderzoek *in toto*, of voor de volledigheid dan wel de zorgvuldigheid van het voorbereidend onderzoek. En ten derde: de rechter verricht zijn taken voorafgaand aan de terechtzitting niet – dat wil zeggen: nooit²¹³ – in het juridische kader van een ‘gerechtelijk vooronderzoek’.

Een kernprofiel beoogt onder andere de buitengrenzen aan te geven van een procespositie, die op grond van systematische overwegingen ook door de wetgever dienen te worden gerespecteerd. Binnen de aldus bepaalde speelruimte zijn nog allerlei beslissingen omtrent de invulling mogelijk, die meer berusten op rechtspolitieke en beleidsmatige afwegingen. Voor wat betreft de positie van de rechter in het vooronderzoek rekenen wij tot deze laatste categorie de vraag *welke autoriteit(en)* moet(en) worden belast met de hiervoor genoemde positieve taakbestanddelen. De vraag wanneer een rechterlijk college moet worden ingeschakeld en wanneer een *unus* volstaat, alsmede de vraag of in het laatstbedoelde geval een ‘enkelvoudige raadkamer’ bevoegd moet zijn dan wel een ‘rechter-

210 Waarbij wordt aangetekend dat in onze voorstellen het als mogelijk en wenselijk wordt gezien dat in vergelijking met het geldende recht vaker de waarborg van voorafgaande toetsing in het wetboek wordt opgenomen.

211 Essentieel is ook dat de rechter niet ten gronde treedt in de vraag of een gevraagde handeling werkelijk nodig is; hij volstaat met de marginale toets of de handeling in redelijkheid een bijdrage zou kunnen leveren aan het onderzoek.

212 Zie voor voorbeelden het deelrapport ‘Bijzondere procedures’ (A.E. Harteveld), *infra*.

213 Dus ook niet in de bijzondere categorie van gevallen die wel worden aangeduid als ‘gevoelige zaken’, bijvoorbeeld als de overheid of een politieke gezagsdrager verdachte is. Zie het desbetreffende deelrapport in *Het vooronderzoek in strafzaken*.

commissaris', houdt geen verband met de structuurkenmerken van de strafvordering en kan hier daarom verder blijven rusten.

3.7 De rechter ter terechtzitting

Nadat een zaak ter zitting aanhangig is gemaakt, kantelen de verhoudingen tussen de voornaamste deelnemers aan het geding nogal drastisch. Is de officier van justitie in menig opzicht de bepalende figuur gedurende het vooronderzoek, daarna neemt de rechter – definitief – de leiding over. De rechter draagt de eindverantwoordelijkheid voor de zorgvuldigheid en de volledigheid van het onderzoek ter terechtzitting.²¹⁴ En ook hier is verantwoordelijkheid gekoppeld aan zeggenschap. De rechter heeft volgens onze voorstellen méér dan voorheen de ruimte om de telastelegging op een deformaliserende wijze te hanteren en hij krijgt meer mogelijkheden dan in het vigerende wetboek om zelf te bepalen – of tijdig te doen bepalen door de partijen – welke getuigen en deskundigen ter zitting zullen moeten verschijnen. Als voorheen heeft de rechter het voortouw bij het ondervragen van de verdachte en de opgeroepen en verschenen getuigen of deskundigen. Maar anders dan tot dusverre moet het dialoogkarakter van het geding verder worden aangescherpt. Rechtspraak is niet alleengeschillenbeslechting, het is ook een vorm van communicatie. Het optreden van de rechter ter zitting dient dan ook responsief te zijn. Dit kenmerk dient eveneens zichtbaar te zijn in de opbouw van een vonnis. Het meest daartoe geëigende medium bestaat uit motiveringsplichten. En dan moet niet primair worden gedacht aan (naar formele voorwaarden ingedeelde en gegroepeerde) gedetailleerde motiveringsplichten die gemakkelijk door het gebruik van standaardfrases kunnen worden ontdoken. In plaats daarvan hebben wij voorgesteld om algemene raamvoorschriften in het wetboek op te nemen, die waarborgen dat ieder relevant verzoek om een bepaalde proceshandeling toe te staan en ieder verweer dat betrekking heeft op de vragen van art. 348 of 350 Sv hetzij wordt gehonoreerd, hetzij op een met inhoudelijke overwegingen omkleede manier van de hand wordt gewezen. Dat is wat naar ons oordeel onder communicatie moet worden begrepen. Een echte dialoog brengt met zich mee dat de gesprekspartner óf gelijk krijgt, óf uitgelegd krijgt waarom het gelijk niet aan zijn zijde ligt.²¹⁵

Het kernprofiel van de zittingsrechter zoals dat in het eerste projectjaar is ontwikkeld bevat de systeembepalende kenmerken die afzonderlijk onder de aandacht moeten worden gebracht. Het is significant dat in de tekst van dat kernprofiel niet apart is gewezen op de omstandigheid – of het vereiste – dat de rechter een juridisch geschoolde professional dient te zijn. Evenzeer tekenend is het dat het thema van de beroepsmatige kwalificaties van de rechter niet voorkomt bij de 'keuzen en uitgangspunten' waarop het gehele onderhavige onderzoeksproject

214 Met de kanttekening dat deze verantwoordelijkheid in sommige opzichten als een subsidiaire wordt uitgewerkt als gevolg van de inbreng van de betrokkenen bij het bepalen van de agenda van het geding; zie het Algemeen Deel van het eerste interimrapport, p. 23.

215 Deze noties van communicatie en dialoog worden op een specifieke wijze ook uitgewerkt voor de appelfase; zie 'Het hoger beroep' (M.S. Groenhuijsen & J. de Hullu) in *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, p. 329 e.v.

berust.²¹⁶ Daar wordt nog wel stilgestaan bij de ‘centrale en actieve rol’ van de rechter in de continentale procestraditie, maar wordt met geen woord gerept over het gegeven dat de rechtspraak in Nederland exclusief in handen is gelegd van beroepsrechters. In het vorige interimrapport is kort en stellig toegelicht waarom wij dit verantwoord achten:

‘Het project vindt zoals gezegd zijn vertrekpunt in het bestaande wetgevingstekort. Dat brengt mee dat het onderzoek zich richt op het vinden van oplossingen voor de tekortkomingen die zich voordoen. Wat probleemloos functioneert behoeft geen bijzondere aandacht, ook als in theorie – getuige het recht in andere landen – andere oplossingen denkbaar zijn. Zo behoort de keuze voor beroepsrechters – en dus de afwijzing van juryrechtspraak – ongetwijfeld tot de gezichtsbepalende systeemkenmerken van ons wetboek. Die keuze wordt nog steeds breed onderschreven. Zij vormt ook in geen enkel opzicht een probleem. Er is dan ook geen aanleiding die ‘fundamentele’ keuze ter discussie te stellen.’²¹⁷

Recentelijk zien wij evenwel in de literatuur tendenzen die mogelijk in een andere richting gaan. Vrij plotseling wordt er van diverse kanten op aangedrongen om het typisch Nederlandse systeem van rechtspraak door uitsluitend beroepsrechters alsnog ten gronde onder ogen te zien. Daarbij vallen twee dingen op. Ten eerste een vrij vlakke onderbouwing van dergelijke suggesties. Er wordt gewezen op ‘het democratische gehalte’ van de strafrechtspleging²¹⁸, dat aanleiding zou geven om na te gaan of de burger een grotere plaats zou moeten toekomen binnen het systeem. En er wordt gewezen op het beginsel van externe openbaarheid, van waaruit eveneens zou kunnen worden betoogd dat het principe van professionaliteit niet vanzelfsprekend is.²¹⁹ In alle bijdragen waarin dergelijke overwegingen worden gepresenteerd wordt bovendien gewag gemaakt van een zekere (of een groeiende) maatschappelijke onvrede met de strafrechtspleging; en van een kloof tussen de strafrechtspraak en de samenleving.²²⁰ Deze observaties worden vervolgens zonder veel toelichting in het perspectief geplaatst van een vorm van lekenparticipatie in de rechtspraak als mogelijke oplossingsrichting. Dit brengt ons bij het tweede punt dat opvalt. Er wordt van verschillende kanten aangedrongen op het bespreekbaar maken van het onderwerp. Het zou volgens sommige auteurs zinvol zijn om deze optie in ieder geval rechtsvergelijkend te onderzoeken.²²¹ Niettemin

216 Zie het ‘Algemeen deel’ in *Het onderzoek ter zitting*, p. 23 e.v.

217 ‘Algemeen deel’ in *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, p. 9.

218 Tineke Cleiren & Theo de Roos, ‘Democratisering van de strafrechtspleging’, in: K. Boonen e.a. (red.), *De weging van ‘t Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, Deventer: 2002, p. 171-188.

219 C.H. Brants e.a., *Op zoek naar grondslagen, Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 13 e.v.

220 Zie over dit thema ook de verschillende artikelen in ‘Rechter en samenleving’, themanummer van *Justitiële Verkenningen* 1/03.

221 Cleiren & de Roos, a.w. p. 188: ‘Toch is het de moeite waard door rechtsvergelijkende studie nader te onderzoeken of een beperkte vorm van lekenparticipatie in een gemengd systeem van beroepsrechter en burgers een groter begrip voor en daarmee de legitimiteit van de strafrechtspleging zou kunnen bevorderen’ (nadat enkele regels daarvóór is verwezen naar een ‘uitvoerige en zeer instructieve’ studie waaruit nota bene blijkt dat het Belgische systeem van het Hof van Assisen ‘door gezaghebbende magistraten en rechtsgeleerden negatief wordt beoordeeld’). In dezelfde zin Brants e.s., a.w. p. 13: ‘wij zouden dan ook menen dat op zijn minst onderzoek gewenst is naar enige vorm van lekenparticipatie zoals die ook in de ons omringende landen bestaat’.

is er tot dusverre niemand geweest die zelfs maar een begin van een aanbeveling heeft gedaan om het beginsel van professionele rechtspraak daadwerkelijk te nuanceren. Dat leidt op zijn minst tot de vraag of de aanbevolen vorm van onderzoek met prioriteit – bijvoorbeeld in ons project Strafvordering 2001 – ter hand moet worden genomen.

Wij zijn van oordeel dat dit niet het geval is. Bij de motivering van dit standpunt zijn wij uit de aard der zaak aan beperkingen gebonden. Het maakt immers nogal verschil of moet worden uitgelegd dat een bepaalde kwestie niet ten principale zal worden onderzocht of dat moet worden toegelicht waarom op basis van een reeds uitgevoerd vergelijkend onderzoek een bepaalde keuze wel of juist niet wordt gemaakt. Niettemin zien wij een aantal redenen waarom het ons op voorhand niet waarschijnlijk lijkt dat welke studie dan ook op een afzienbare termijn zou kunnen leiden tot de aanbeveling om in ons land over te gaan tot enige vorm van lekenparticipatie in de strafrechtspraak.

In de eerste plaats moet worden gewezen op culturele en historische overwegingen. In landen waar juryrechtspraak een principieel onderdeel van het staatsbestel vormt bestaat vaak een lange traditie van diepgeworteld wantrouwen tegen de rechterlijke macht. Zonder de welbekende voorbeelden uit te werken kan in het algemeen worden gesignaleerd dat een constitutioneel verankerd recht op ‘berechting door gelijken’ veelvuldig een reactie is op perioden waarin de rechterlijke macht door de samenleving is ervaren als een instrument in handen van de overheid dat werd gebruikt om burgers te onderdrukken. Van een dergelijke historische gevoeligheid is in ons land geen sprake.

In het verlengde hiervan speelt ook de samenstelling van de rechterlijke macht een aanzienlijke rol. Veel andere landen hebben beduidend grotere zorgen omtrent de politisering van de rechterlijke macht dan bij ons het geval is. Juryrechtspraak wordt dan gezien als één van de tegenwichten tegen politieke benoemingen in sleutelposities binnen het staatsbestel. In Nederland zijn natuurlijk ook best kanttekeningen te maken bij de mate waarin de rechterlijke macht een voldoende afspiegeling vormt van (het stemgedrag van) de bevolking, maar hier domineert toch nadrukkelijk de overtuiging dat rechters primair op kwaliteit worden geselecteerd en niet op afkomst dan wel politieke overtuiging, laat staan op het lidmaatschap van bepaalde partijen of stromingen.²²²

Een derde overweging betreft de eerdergenoemde maatschappelijke onvrede met de strafrechtspleging. Ook op dit punt is een kern van bezorgdheid zeker gerechtvaardigd maar is daarnaast enige relativering gepast. En wel in dubbel opzicht. Historisch bezien kan moeilijk worden beweerd dat het functioneren van de strafrechtspleging thans aanmerkelijk minder aansluit bij maatschappelijke verwachtingen dan voorheen. Zowel in de jaren 60 en 70 van de vorige eeuw als in menig ander tijdvak in het verleden is er zelfs merkbaar een *sterker* beroep op de publieke opinie gedaan om hervormingen van het strafrecht te bepleiten dan vandaag de dag het geval is. En daarnaast kan – nee: moet – in vergelijkend opzicht

222 Wat betreft de samenstelling van de rechterlijke macht vermelden wij nog de in Nederland relatief gunstige omstandigheid van de in democratisch opzicht vrij brede toegankelijkheid van de rechtenstudie. En de beroepsgroep van rechters is – wederom in vergelijkend opzicht – waarschijnlijk minder dan elders als een ‘gesloten bolwerk’ aan te merken als gevolg van het duale wervingsbeleid (RAIO’s en ‘buitenstaanders’) en de veelvuldige inzet van de zogeheten ‘plaatsvervangers’.

worden vastgesteld dat overal waar men vol overtuiging juryrechtspraak ziet als een steunpunt van de rechtsstaat, tegelijkertijd het *praktisch functioneren* van de jury in de dagelijkse praktijk zonder uitzondering aanleiding geeft tot grote maatschappelijke beroering en verdeeldheid.

De vierde reden ten slotte waarom wij weinig zien in het exploreren van een zo wezensvreemde nieuwe weg is gelegen in de omstandigheid dat er minder ingrijpende alternatieven zijn die waarschijnlijk geschikter zijn om tegemoet te komen aan de wensen die verscholen liggen achter de gedachte van lekenparticipatie in de rechtspraak. Wij denken hierbij vooral aan het verkleinen van de symbolische afstand tussen rechter en samenleving door een betere communicatie. In dezelfde zin Mevis: 'Rechters hebben iets laten liggen. Dat heeft niet in de eerste plaats met de hoogte van de straf te maken als wel dat vonnissen en de motivering daarvan nog steeds in veel te geringe mate gebruikt worden voor communicatie met de samenleving, juist in tijden dat die samenleving met een sterke gemeenschappelijke, maar ook eenzijdige vox populi aan de deuren van het strafrecht klopt en de politiek die stem eerder versterkt dan dat zij de rechter tegen het publiek beschermt.'²²³ Zo zien wij het ook. Er zou al veel zijn gewonnen als vonnissen en arresten gewoon – zeker op de omstreden punten – als standaard zouden worden uitgewerkt en aan de partijen (eventueel ook aan de media) zouden worden toegezonden. Een dergelijke praktijk van een gemotiveerde uitleg van de genomen beslissingen zou waarschijnlijk effectiever een brug naar de samenleving kunnen slaan dan een simpel machtswoord van de jury.

Onze slotsom is dat het op dit moment niet opportuun is om prioriteit toe te kennen aan rechtsvergelijkend onderzoek naar vormen van lekenparticipatie in de strafrechtspraak. Pas als in de literatuurenigszins uitgewerkte en gemotiveerde voorstellen zouden worden gedaan om het geldende recht op dit punt te wijzigen zien wij aanleiding om deze keuze breder en dieper te verantwoorden dan in de voorafgaande alinea's is gedaan.

3.8 *Het slachtoffer*

Vanuit strikt wetenschappelijk oogpunt is de positie van het slachtoffer in het strafgeding een van de moeilijker onderwerpen die binnen ons onderzoeksproject aan de orde zijn geweest. Juist op dit gebied moeten potentieel conflicterende belangen op het scherp van de snede worden afgewogen. Zijn de meeste vakgenoten al langere tijd bereid om onder ogen te zien dat er op humanitaire – of zelfs ethische – gronden een einde moet worden gemaakt aan de situatie waarin het slachtoffer als een soort 'quantité négligeable' wordt beschouwd, de daarop volgende vraag hoe die bereidheid kan worden vertaald in een juridisch aanvaardbaar regiem is zeer aanzienlijk gecompliceerder. Deze stand van zaken heeft in de afgelopen jaren meermalen geleid tot de verzuchting: 'Over het slachtoffer is men nog lang niet uitgedacht in de wetenschap.'²²⁴ Welnu, in het onderhavige onderzoeksproject

²²³ P.A.M. Mevis, 'Het signaal van de recidivisten', *D&D* 2003, p. 253.

²²⁴ C.H. Brants & C. Kelk, 'Kroniek van het strafrecht', *NJB* 2002, p. 466, met verwijzing naar diverse bijdragen in de bundel van C.H. Brants e.a. (red.), *Legitiemestrafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21^e eeuw*, Antwerpen 2001. In gelijke zin ook C. Kelk, 'De Wet-Terwee op de weegschaal', *D7D* 2001, p. 352, die tot de slotsom komt 'dat eerst meer knowhow moet worden verzameld, alvorens meer definitieve conclusies worden getrokken

hebben we deze handschoenen opgepakt. Gedurende de looptijd van het project is bovendien de omgeving in zoverre veranderd, dat er een EU Kaderbesluit is aangenomen met dwingende normen omtrent deze materie. Dit alles heeft het volgende resultaat opgeleverd.

In het eerste interimrapport zijn in het hoofdstuk over kemprofielen tweedesiderata geformuleerd voor de vormgeving van de rechtspositie van het slachtoffer. Ten eerste: het strafprocesrecht beoogt de negatieve consequenties van het delict voor het slachtoffer zoveel mogelijk te beperken. En daarnaast: het strafproces is zodanig ingericht dat het zo min mogelijk nieuwe problemen voor slachtoffers schept. De diepere grondslag voor deze benadering werd gezocht in het doel van het strafprocesrecht, dat werd omschreven als het bevorderen van een in alle opzichten adequate reactie van de overheid op vermoedelijk gepleegde strafbare feiten. Voorzover binnen deze grenzen aandacht wordt besteed aan de belangen van slachtoffers, wordt daarmee een *publiek belang* gediend.

In 'negatief' opzicht vloeien uit de grondslag ook beperkingen voort op het bereik van de aangewezen slachtofferrechten.²²⁵ Het slachtoffer dient zo min mogelijk in de positie van een 'partij' te worden gebracht die het tegen de verdachte moet opnemen. Slachtofferrechten mogen onder geen voorwaarde ten koste gaan van het recht op een 'eerlijk proces' volgens de maatstaven van het EVRM. En ten aanzien van schadeloosstelling is het vaak in het belang van *alle* betrokkenen om een (desnoods partiële) financiële compensatie na te streven.

De meest principiële aanvullingen op het geldende recht die wij hebben voorgesteld zijn de volgende. Ten eerste dat er een aparte afdeling in het wetboek zou moeten komen met de basisrechten van het slachtoffer als zodanig (dus niet alleen in de hoedanigheid van 'benadeelde partij'). Daarbij passen overigens twee toelichtende kanttekeningen. Waar het gaat om rechten van slachtoffers, komen deze in beginsel ook toe aan nabestaanden van hen die door het delict zijn omgekomen.²²⁶ En ten tweede hebben wij vastgesteld dat bij het uitwerken van de onderhavige basisrechten wel kan, maar niet altijd moet worden aangeknoopt bij de term 'slachtoffer': in een aantal gevallen kan – als voorheen – het desbetreffende recht of de bevoegdheid worden toegekend aan 'ieder' (aangifte), aan de getuige, of aan de benadeelde partij.

Daarnaast hebben wij gepleit voor invoering van het veelbesproken *spreekrecht* voor slachtoffers ter terechtzitting. Teneinde praktische problemen zoveel mogelijk te voorkomen is aanbevolen om deze mogelijkheid alleen in een

voor nieuwe ontwikkelingen ter zake van het slachtoffer in relatie tot het straf(proces)recht. Ook de legitimatie en de grondslagen daarvan zouden verder moeten worden doordacht'.

225 De basisrechten die in het eerste interimrapport werden genoemd, zijn ontleend aan de op dat moment beschikbare internationale standaarden op dit terrein: het recht op respect en begripvolle bejegening, op informatie en uitleg omtrent de voortgang van de zaak, om informatie te verschaffen aan de strafvorderlijke autoriteiten, op juridische bijstand, op bescherming van privacy en fysieke veiligheid, en het recht op schadevergoeding.

226 Zie ook het EHRM in de zaak *Hugh Jordan v. United Kingdom*, 4 mei 2001 en daarover Y. Buruma, 'Fataal politiegeweld en het recht van nabestaanden', *Ars Aequi* 2001, p. 665-671.

beperkt aantal gevallen open te stellen en dan nog met allerlei waarborgen te omkleden.²²⁷

In het tweede interimrapport zijn de genoemde uitgangspunten vooral uitgewerkt en gepreciseerd. Daarbij zijn op basis van de kenschets van het doel van het strafproces vooral bredere toelichtingen gegeven omtrent een systematisch verantwoorde *begrenzing* van de aanbevolen rechtspositie voor slachtoffers.²²⁸ Wij hebben een rechtstreeks vervolgingsrecht voor slachtoffers van de hand gewezen, evenals een optreden in de rol van hulp-aanklager (de Duitse figuur van de ‘Nebenkläger’). Evenzo werd uitgelegd waarom absolute veto-rechten voor het slachtoffer niet in het systeem passen, en is nogmaals uitengezet dat een spreekrecht ter zitting zich thematisch niet mag uitstrekken tot opinies omtrent de aard of de hoogte van de op te leggen straf.

Het derde interimrapport gaat nog een belangrijke stap verder. Hierin is – voorzover hier van belang – onderzocht welk bereik de slachtofferrechten hebben en langs welke weg de preciese afbakening het meest overtuigend kan worden beredeneerd. Daarbij bleek dat de grondslag daarvoor – die eerder werd omschreven als het streven naar een ‘in alle opzichten adequate reactie op het vermoedelijk gepleegde delict’ (zie hierboven) – niet voldoende scherp is om de noodzakelijke afweging van in aanmerking komende belangen te kunnen sturen. Daarom is een nadere analyse gemaakt van de kerndoelstellingen van het strafproces.²²⁹ Het uitgangspunt dat het strafgeding er toe strekt een in alle opzichte adequate overheidsreactie op een delict te bieden, blijkt twee componenten of implicaties te hebben. Ten eerste is een reactie alleen adequaat te noemen indien een juiste toepassing van de strafwet op werkelijk schuldigen wordt bevorderd, waarbij onschuldigen zoveel mogelijk ongemoeid worden gelaten. Náást deze op het tot gelding brengen van het materiële recht gerichte component staat evenwel de zelfstandige eis dat de overheid daarbij zo correct mogelijk optreedt, hetgeen met zich meebrengt dat de strafrechtsbedeling zo dient te worden ingericht dat zo min mogelijk vermijdbare schade wordt berokkend aan de daarbij betrokkenen. Dit ‘schadebeginsel’ biedt nieuwe aanknopingspunten voor een dogmatische fundering – en een principiële rechtvaardiging – voor participatierechten en beschermingsrechten ten behoeve van slachtoffers, alsmede voor een beredeneerde begrenzing daarvan. In het kader van een schets van het kernprofiel van het slachtoffer is het uiteraard niet passend om een samenvatting aan te reiken van de concrete resultaten

227 Zie voor de details deelrapport 6, *De positie van slachtoffers in het strafproces* (A.L.J. van Strien) in het eerste interimrapport, p. 233-274. De details zijn wel degelijk juridisch doorslaggevend. Zo vloeit uit de structuur van het geding voort dat de verdediging alle onderdelen van een ‘slachtofferverklaring’ (de uitlatingen in het kader van de uitoefening van het spreekrecht) moet kunnen tegenspreken. In geval van betwisting is het binnen onze constructie van het systeem eveneens onvermijdelijk dat het slachtoffer vervolgens – onder ede – nader kan worden bevraagd, indien en voorzover de rechter de desbetreffende informatie wenst te gebruiken in het kader van enige beslissing ex art. 348 en 350 Sv. Dezelfde grondgedachten herkennen wij ook reeds in recente jurisprudentie: zie HR 4 juni 2002, *NJ* 2002, 603 m.nt. Pme en HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 156. Een soortgelijke benadering van een hoffelijke houding van de rechter ter terechtzitting jegens het slachtoffer – die wordt gebillijkt voorzover daardoor de verdedigingsrechten niet worden geschaad – zien we in HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 141.

228 Zie vooral het Algemeen Deel, p. 78-86.

229 Zie deelrapport 8, *Het slachtoffer in het vooronderzoek* (M.S. Groenhuijsen & N.J.M. Kwakman), p. 773 e.v. alsmede het Algemeen Deel, p. 65-76.

waartoe deze desiderata hebben geleid. Wij volstaan met het recapituleren van de structuurkenmerken die in dit verband zijn ontwikkeld. Dat zijn er zes.

Ten eerste dat slachtoffers niet gebaat zijn bij het ongerefecteerd opeenstapelen van steeds meer aanvullen de rechten in het strafgeding. Ook hier is het optimum niet gelijk aan een (theoretisch) maximum. Het is een 'victimologische valkuil' om te denken dat nieuwe bevoegdheden en aanspraken per definitie even zoveel verbeteringen van de rechtspositie inhouden.²³⁰ Hierboven hebben wij al voorbeelden gegeven van rechten die het slachtoffer ook in zijn eigen belang beter kunnen worden onthouden (onder andere een privaats vervolgingsrecht).

Ten tweede hebben wij als systeembepalend kenmerk blootgelegd dat het recht op respect en begripvolle bejegening de invulling van alle overige slachtofferrechten beheerst. Voorlichting over die rechten moet daarom bijvoorbeeld gepaard gaan met waarschuwingen tegen de negatieve consequenties die aan de uitoefening van die rechten verbonden kunnen zijn.²³¹

Een derde kwestie die de structuur van de strafvordering raakt, betreft het moment in de procedure dat het beginpunt markeert van een wettelijk genormeerde rechtspositie van slachtoffers. Dat startpunt zien wij – net als ten aanzien van een verdachte het geval is – niet pas rond de vervolgingsbeslissing, maar al eerder, dus gedurende het opsporingsonderzoek. Voor het slachtoffer zal hierbij doorgaans het tijdstip van de aangifte beslissend zijn. Als doorslaggevend argument voor deze keuze geldt de omstandigheid dat in een meerderheid van de misdrijfzaken door de politie nooit een verdachte wordt achterhaald, terwijl ook (en in sommige opzichten: juist) dan een aan rechten verbonden correcte bejegening van het slachtoffer gewaarborgd dient te zijn.

Als vierde kenmerk is naar voren gekomen dat slachtofferrechten geen absoluut karakter hebben. Zij moeten in verschillende opzichten worden afgewogen tegen andere belangen (verdedigingsrechten, privacy van derden, onderzoeksbelangen, kostenoverwegingen), hetgeen noopt tot nuancering en differentiatie. Bij het wetstechnisch uitwerken van deze rechten kan bijvoorbeeld onderscheid worden gemaakt naar 'type' slachtoffer (met bijzondere aandacht voor uitgesproken kwetsbare groepen) en speciale categorieën delicten.

Een vijfde element dat de structuur van de strafvordering raakt vloeit weer voort uit het hierboven geformuleerde doel om een in alle opzichten adequate reactie te bieden op het vermoedelijk gepleegde delict. Daarbij past dat de toepassing van dwangmiddelen niet alleen wordt beheerst door het belang van waarheidsvinding (of het veiligstellen van personen en voorwerpen ter voorbereiding op berechting), maar dat daarbij ook het belang van het slachtoffer een rol kan en mag spelen. In deze lijn hebben wij voorgesteld dat bijvoorbeeld in beslagname van gestolen goederen, het doen ondergaan van een AIDS-test en het toepassen van voorlopige hechtenis (ter bescherming tegen geweld en intimidatie) mogelijk dienen te zijn

230 Zie Marc S. Groenhuijsen, 'Victims' Rights in the Criminal Justice System: a Call for More Comprehensive Implementation Theory', in: Jan J.M. van Dijk a.o. (eds.), *Caring for Crime Victims*, Monsy, New York 1999, met name p. 107 e.v., waar wordt gesproken over een 'populist fallacy' resp. over een 'victimologists' fallacy'.

231 Zie in het derde interimrapport het Algemeen Deel, p. 67 en deelrapport 8, hoofdstuk 5, p. 838 e.v.

indien het belang van het slachtoffer daar in toereikende mate aanleiding toe geeft.²³²

En tenslotte is er op gewezen dat de aard van de onderhavige rechten en bevoegdheden vraagt om een flankerend beleid dat is gericht op effectieve implementatie. Enerzijds gaat het daarbij om het voorzien in trainingsprogramma's voor politie- en justitiefunctionarissen, om logistieke voorzieningen en om het protocolleren van slachtoffergerichte contacten in standaardsituaties. Anderzijds zou het wetboek van strafvordering structureel beter kunnen worden geënt op het naleven van slachtofferrechten. Daartoe hebben wij aanbevolen zowel het model van de huidige *second opinion* als de vigerende procedure van art. 12 e.v. Sv een breder toepassingsbereik te geven dan thans het geval is (bijvoorbeeld ten aanzien van het uitlokken van aanvullende onderzoekshandelingen).²³³

3.9 De getuige

Over de getuige kunnen we relatief kort zijn. Niet omdat dit onderwerp minder belangrijk zou zijn, maar vooral omdat de principiële beschouwingen hierover al in het eerste interimrapport zijn neergelegd.²³⁴

De verplichtingen van de getuige blijven in hoofdlijn zoals in het huidige wetboek. Hij is – uiteraard op nader te regelen voorwaarden – vooral verplicht te getuigen. Dat omvat een verplichting om ter zitting te verschijnen, te verklaren, en daarbij de waarheid te spreken.

Tegenover de verplichtingen komen evenwel ook, meer dan tegenwoordig, rechten te staan. Naast het verschoningsrecht bepleitten wij verbeteringen ten aanzien van het recht op veiligheid en persoonlijk welzijn (met een meer verfijnd systeem omtrent de grond om een verklaring te weigeren met een beroep op de gezondheidstoestand. Een recht op privacy verdient nadere uitwerking, het recht op kostenvergoeding en op rechtsbijstand dient te worden ingevoerd. De rechtspositie van de getuige dient te worden geregeld in een afzonderlijk daaraan gewijde afdeling van het wetboek; en de getuige dient te worden geïnformeerd omtrent de hem toegekende aanspraken en bevoegdheden.

Bij een weergave van latere ontwikkelingen op dit terrein moet een verschil worden gemaakt tussen situaties waarin de getuige tevens slachtoffer is in de zaak en situaties waarin dit niet het geval is. Voor de eerste groep is de juridische positie niet onaanzienlijk beïnvloed door het EU-Kaderbesluit over slachtoffers in het strafproces.²³⁵ Daarin wordt expliciet geregeld dat de lidstaten in hun wetgeving moeten waarborgen dat slachtoffers, *voorzover zij tevens getuigen zijn*, recht hebben op ondersteuning door een tolk als zij de taal van het geding niet machtig zijn (art.

232 Hoezeer de huidige inzichten op dit punt afwijken van die van nog maar enkele decennia geleden blijkt wel uit de volgende – toen representatieve – opmerking in de *Kamerstukken II* 1979-1980, 15831, nr. 4, p. 20: 'Het strafrechtelijk stelsel is er niet op ingericht om maatregelen die genomen kunnen worden aan te wenden ter verbetering van de positie van de gelaedeerde.'

233 Voor de (wetssystematische) volledigheid tekenen wij nog aan dat wij bij afweging van alle in aanmerking komende belangen meer zien in deze verschillende vormen van flankerende maatregelen dan in een model naar analogie van art. 359a Sv met een palet van 'sancties' die kunnen worden toegepast bij niet-naleving van slachtofferrechten.

234 Zie het Algemeen Deel p. 39 en p. 48-49; en deelrapport 7, *De getuige in het strafprocesrecht; voorstellen voor een nieuwe regeling* (A. den Hartog), p. 275 e.v.

235 15 maart 2001; (2001/220/JHA).

5), op integrale kostenvergoeding (art. 6), op (rechts)bijstand (art. 7), en op bescherming van hun veiligheid en privacy (art. 8). Dit laatste gaat zelfs zo ver dat op Europees niveau is voorgeschreven dat moet worden voorzien in aparte wachtruimtes in gerechtsgebouwen, waar deze getuigen niet het risico lopen te worden geconfronteerd met de verdachte of diens geestverwanten. Voorts bepaalt het Kaderbesluit nog dat zij niet onnodig vaak worden gehoord.²³⁶

Diverse van deze rechten zijn in het kader van ons onderzoeksproject ook besproken in relatie tot de getuigen die niet-slachtoffer zijn. De aansporing om een getuige niet vaker dan strikt nodig is te laten verschijnen in een zittingszaal, heeft daarbij bijzondere aandacht gekregen in onze voorstellen omtrent de vormgeving van het hoger beroep.²³⁷

Ten slotte wijzen wij er nog op dat ons voorstel om ook voor de getuige als zodanig een apart statuut op te nemen in het wetboek van strafvordering in later verschenen literatuur is ondersteund en nader is onderbouwd.²³⁸

4 Naar een kort geding – of een soortgelijke restvoorziening – in strafzaken?

4.1 Het onderliggende probleem: lacunes en vertraging. Inleiding

In ieder systeem van strafvordering moet een keuze worden gemaakt voor een maatstaf – of een samenstel van criteria – aan de hand waarvan kan worden bepaald of er een toereikend niveau van rechtsbescherming is. Dat geldt dus ook voor het bestaande wetboek en voor het stelsel van systematische uitgangspunten dat binnen ons onderzoeksproject is ontworpen.

Het bestaande wetboek berust in dit verband op de gedachte dat er een voorkeur moet worden bepaald tussen twee in beginsel beschikbare modellen. In het ene model krijgen de vervolgende overheid en de verdediging niet meer bevoegdheden dan strikt noodzakelijk is; in het andere model krijgen beide categorieën betrokkenen wettelijk juist zoveel mogelijk rechten toebedeeld.²³⁹ De wetgever heeft in laatstbedoelde zin gekozen. Dit betekent in theorie dat de traditionele deelnemers aan de strafrechtelijke procedure zijn toegerust met een maximale hoeveelheid bevoegdheden.²⁴⁰

In het project Strafvordering 2001 is voor een ander uitgangspunt gekozen. Onze voorkeur gaat niet uit naar het maximaliseren van bevoegdheden, maar naar het optimaliseren van processuele rechten. Deze benadering vindt zijn oorsprong

236 Art. 3 lid 2: 'Each Member State shall take appropriate measures to ensure that its authorities question victims only insofar as necessary for the purpose of criminal proceedings.'

237 Deelrapport 3 (Groenhuijsen & de Hullu) in het derde interimrapport, met name p. 399 e.v. omtrent 'duplicatie van onderzoekshandelingen'.

238 Zie J.B.J. van der Leij, *Bejegening op maat. De behandeling van getuigen in strafzaken*, diss. Leiden, Deventer 2002, met name p. 33 e.v. omtrent de waarde van een rechtvaardige procedure, met een nadere theoretische uiteenzetting omtrent het concept van 'procedurele rechtvaardigheid'.

239 De overbekende passage uit de memorie van toelichting van 1914 waarin deze keuze werd verwoord, is reeds geciteerd in het Eerste interimrapport, Algemeen Deel, p. 29-30.

240 Voor de vervolging: 'alle rechten, die zij voor hare taak behoeft'; en voor de verdediging: 'alle bevoegdheden, welke met het doel van het strafproces niet onvoorwaardelijk in strijd komen'.

in de gedachte dat het wetboek geen keurslijf van strakke regels dient te bevatten, maar een structuur moet bieden waarbinnen de actoren zinvol en doelgericht kunnen opereren. De notie van een ‘behoorlijke taakuitoefening of rolvulling’ heeft hierin een centrale plaats.²⁴¹ In hoofdstuk 2 hierboven is reeds uitvoerig uiteengezet op welke wijze deze vertrekpunten zijn vertaald in een programma voor de wetgever. Wij zullen die beschouwing nu niet herhalen of samenvatten. Op slechts één element wordt hier de aandacht gevestigd. Het streven naar optimalisering van procesposities heeft geleid tot verschillende vormen van aanvullende rechtsbescherming. Op het niveau van de regelgeving omtrent overheidsbevoegdheden is de bescherming van de justitiabele versterkt door méér grondslagen te erkennen die tot een wettelijke normering kunnen nopen.²⁴² Met het oog op het effectief benutten van wettelijk verankerde rechten zijn binnen ons project diverse mechanismen ontworpen die er toe strekken om de betrokkene expliciet en ongevraagd te informeren omtrent zijn rechtspositie.²⁴³ En ten slotte is ook de toegang tot de rechter in meerdere opzichten verruimd. Voor de verdachte is een systeem van rechtsbescherming voorgesteld dat al vanaf het moment van het eerste politieverhoor is uitgewerkt. De verdediging krijgt daarnaast in onze visie meer mogelijkheden om een rechter te adiëren teneinde te klagen over een onvolledig of eenzijdig opsporingsonderzoek en daarbij aan te dringen op het verrichten van specifieke opsporingshandelingen. Zo ook ten aanzien van het slachtoffer. Het model van de ‘second opinion’ en de procedure van art. 12 e.v. Sv zouden een ruimer toepassingsbereik moeten krijgen, waardoor redelijke verlangens van het slachtoffer kunnen worden getoetst en eventueel gehonoreerd.

Alles bijeen genomen is er grondig nagedacht over het optimale niveau van rechtsbescherming en overal waar structurele tekorten zijn gesignaleerd is daarin voorzien. Niettemin is het op grond van de ervaringen met het huidige wetboek aannemelijk dat ook in de toekomst – zelfs indien al onze voorstellen zouden worden overgenomen door de wetgever – twee problemen resteren. Het eerste probleem is dat sommige rechtsbeschermende maatregelen en procedures in bijzondere omstandigheden te traag kunnen zijn om het gewenste effect te sorteren. En daarnaast blijft welhaast per definitie de moeilijkheid bestaan dat zich steeds nieuwe, thans onvoorzienbare, situaties kunnen voordoen waarin een voorheen niet onderkende legitieme behoefte aan rechtsbescherming blijkt te bestaan. Dat is het verschijnsel van de onvoorspelbare lacunes in het systeem van rechtsbescherming. De vraag is hoe het beste met deze twee problemen kan worden omgegaan. Naar geldend recht worden deze kwesties als het ware ‘afgevangen’ door de civiele rechter in kort geding.²⁴⁴ Dient de functie van deze complementaire rechtsgang in de toekomst ongewijzigd te worden gehandhaafd, of zou er binnen het wetboek van strafvordering een restvoorziening moeten worden gecreëerd waarmee een

241 Zie het Eerste interimrapport, Algemeen Deel, p. 25-26.

242 Naar geldend recht c.q. heersende doctrine is een wettelijke regeling vooral vereist als door overheidsoptreden inbreuk kan worden gemaakt op grond- en mensenrechten van burgers; wij hebben daaraan – enunciatief – als grondslagen toegevoegd: als de integriteit van het opsporingsapparaat daarom vraagt, indien het de transparantie van het systeem vergroot, en als het de betrouwbaarheid van opsporingsmethoden bevordert: zie reeds het Tweede interimrapport, p. 14-17 en p. 323-328 (Knigge & Kwakman).

243 Dit geldt ten aanzien van de verdachte, het slachtoffer en de getuige.

244 Wij gebruiken deze ingeburgerde term maar even in plaats van de thans juridisch correcte aanduiding van de ‘voorzieningenrechter’.

groot deel van deze gevallen aan de strafrechter kan worden voorgelegd? En in het laatste geval: hoe zou zo'n voorziening dan vorm moeten worden gegeven?

Het beantwoorden van deze vragen blijkt uiterst gecompliceerd te zijn, omdat uiteenlopende principiële procesrechtelijke overwegingen – die op zichzelf onbetwist gelding hebben – hier in verschillende richting wijzen. Dat probleem doet zich voor binnen de contouren van het huidige wetboek, maar het is evenzeer aanwezig vanuit de systematische uitgangspunten die binnen het onderhavige onderzoeksproject zijn ontwikkeld. Daarom kiezen wij in de navolgende paragrafen voor een behandeling van de stof die wat structuur betreft iets afwijkt van de benadering die in de meeste voorafgaande interimrapporten is gevolgd. In paragraaf 4.2 worden – vrij eenzijdig – de argumenten belicht die pleiten vóór het introduceren van een generieke strafvorderlijke restvoorziening ten behoeve van de rechtsbescherming. In paragraaf 4.3 worden vervolgens de bezwaren vermeld die – evenzeer gebaseerd op de gezichtspunten die binnen ons project centraal zijn gesteld – tegen een dergelijke oplossingsrichting kunnen worden ingebracht. Paragraaf 4.4 ten slotte bevat een voorstel waarmee zoveel mogelijk van de in 4.2 genoemde voordelen kunnen worden gerealiseerd, terwijl de in 4.3 beschreven nadelen daar niet aan zijn verbonden.

4.2 *De voordelen van een generieke restvoorziening binnen het wetboek van strafvordering*²⁴⁵

De voordelen van een generieke restvoorziening binnen het wetboek van strafvordering kunnen het best worden blootgelegd door na te gaan in welke gevallen en op welke gronden thans aanvullende rechtsbescherming wordt geboden door de civiele rechter in kort geding. Het type gevallen waar het hier om gaat komt goed naar voren in een aantal voorbeelden. We voegen aan ieder voorbeeld een korte observatie toe waaraan voorlopige aanknopingspunten kunnen worden ontleend om te komen tot een waardering van het bestaande recht op dit punt. Het meest bekende voorbeeld wordt gevormd door de 'oude' jurisprudentie omtrent de inverzekeringstelling.²⁴⁶ Vóór de invoering van art. 59a Sv bestond er binnen ons stelsel van strafvordering geen mogelijkheid om de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming in deze fase van het vooronderzoek door een strafrechter te laten toetsen. Dit leidde – zeker onder druk van het arrest van het EHRM in de Brogan-case²⁴⁷ – tot een groot aantal kort gedingen waarin de verdachte bij de burgerlijke rechter aandrong op directe invrijheidstelling. De civiele rechter vulde op dit terrein dus een onmiskenbare lacune op waarvan de schrijnende gevolgen met hoge frequentie aan het licht traden. De bemoeienis van de kort geding-rechter werd algemeen als nuttig en nodig ervaren; de onderliggende reden gaf aanleiding om het hiaat in de strafvorderlijke rechtsbescherming weg te nemen. Wat we kunnen leren van het voorbeeld is dat er in geval van een regelmatig en voorzienbaar

245 Zie over deze materie ook het veel breder gemotiveerde betoog van E.S.G.N.A.I. van de Griend, *Hiaten in de strafrechtelijke rechtsbescherming. Een onderzoek naar aanleiding van het gebruik van het kort geding in strafzaken* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2002.

246 Zie M.R. Wijnholt, 'Rechtsbescherming in kort geding tegen inverzekeringstelling', in: *Naar eer en geweten* (Remmelink-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 679-690; en P.J. Baauw, 'Strafrecht en kort geding', *Advocatenblad* 1986, p. 453-460.

247 EHRM 29 november 1988, NJ 1989, 815 m.nt. EAA.

terugkerend probleem in feite geen gebruik zou moeten worden gemaakt van een algemene restvoorziening in de rechtsbescherming. Voor dergelijke situaties dienen binnen het wetboek van strafvordering aparte nette procedures te bestaan.²⁴⁸

Het tweede voorbeeld betreft een evident foute einduitspraak van een strafrechter. Een politierechter heeft een verdachte veroordeeld tot 7 maanden gevangenisstraf, waarvan 2 voorwaardelijk. De beslissing is simpel en duidelijk in strijd met het toen geldende art. 376 Sv, waarin de ruimte voor de alleensprekende strafrechter werd beperkt tot 6 maanden. De verdachte gaat in appel. Later trekt hij dit beroep in, waarop het vonnis in kracht van gewijsde gaat. Vervolgens probeert de verdachte aan executie te ontsnappen door een kort geding te voeren, waarin hij stelt dat de overheid onrechtmatig zou handelen door een evident niet op de wet berustend vonnis tenuitvoer te leggen. Hij wordt – in drie instanties – in het ongelijk gesteld, omdat het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in strafzaken in de weg staat aan deze gang naar de burgerlijke rechter.²⁴⁹ Deze uitkomst wordt in de doctrine algemeen ondersteund.²⁵⁰ De civiele kort geding-rechter mag niet in de rol worden gebracht van een super-strafrechter.²⁵¹ Het ‘systeem’ van strafvordering geeft de doorslag; materieel onrecht wordt daarbij op de koop toe genomen. Het voorbeeld maakt duidelijk dat ook in de toekomst een eventuele meer generieke restvoorziening niet het bestaande stelsel van rechtsmiddelen mag doorkruisen.

Tot zover twee ‘makkelijke’ voorbeelden. Iets moeilijker wordt het al in situaties waarin het strafprocessuele kader wel een rechtsgang openstelt, maar één die in de omstandigheden van het geval als te traag wordt beschouwd. Hierbij kan onder andere worden gedacht aan de procedure van art. 552a Sv, wanneer wordt geklaagd in verband met de teruggave van bederfelijke waar (bloemen, illegale visvangst en dergelijke) of levende have.²⁵² Op dit punt bestaat ruimte voor afwegingen. Als het tijdsverloop alleen maar lastig is voor de ongeduldige justitiabele is er geen ruimte voor een interventie bij de rechter in kort geding, maar als de strafvorderlijke vertraging op zichzelf al een ‘Vorentscheidung’ inhoudt kan dit anders liggen. Het voorbeeld leert tweeërlei. Ten eerste dat de logistiek

248 Dit inzicht wordt bijvoorbeeld ook bevestigd ten aanzien van de situatie waarin een uitspraak van het Straatsburgse hof twijfel doet rijzen aan de rechtmatigheid van de voortzetting van de tenuitvoerlegging van opgelegde straffen. Aanvankelijk lag hier een taak voor de civiele kort geding-rechter (zie HR 1 februari 1991, *NJ* 1991, 413 m.nt. ThWvV inzake mededaders Kostovski), maar toen dit een structureel probleem bleek te zijn heeft de wetgever – terecht – een aparte regeling getroffen in art. 457 Sv (wet van 12 september 2002, S. 479, *Kamerstukken* 27 726). Zie omtrent deze materie vooral P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003.

249 HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 841 m.nt. M.S. en m.nt. C.

250 G.J.M. Corstens in zijn noot onder het arrest: ‘Rechtspraak is geen spel, waarbij de speler, al naar gelang het hem aanstaat, nu eens op het ene en dan weer op het andere paard wedt. En evenmin gaat het aan zo’n speler die in de ene ronde heeft verloren, toegang te geven tot een nieuwe ronde’. En de Rotterdamse president Nivard in Rb Rotterdam 21 september 1987, *KG* 1987, 444: ‘Het KG is niet een soort vrije herkansing voor eerder in een procedure geleden echecs’. Zie ook J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 466; en van de Griend, a.w. p. 42.

251 M.S. Groenhuijsen, ‘Een kort geding in strafzaken’, *D&D* 1991, p. 233.

252 In het proefschrift van Van de Griend (t.a.p.) heeft het voorbeeld van de papegaai die aan ‘featherpeaking’ lijdt vanaf p. 1 een steeds terugkerende plaats (zie Rechtbank Groningen 25 augustus 1989, *KG* 1989, 389).

rond het plannen van raadkamer)zittingen soms nog kan worden verbeterd en dan al veel van de hierbedoelde problemen kan wegnemen. En voorts dat, gelet op het uitzonderlijke karakter van de dan nog resterende euvelen van deze aard, het waarschijnlijk meer opportuun is de gang naar de civiele rechter te handhaven dan om een ‘dubbeling’ van strafvorderlijke rechtsgangen te bewerkstelligen door middel van een apart genormeerde spoedbehandeling van reeds geregelde procedures.²⁵³

In het vierde voorbeeld worden verschillende van de eerdergenoemde gezichtspunten gecombineerd. Het gaat om de zaak die heeft geleid tot HR 15 juni 1990, NJ 1990, 678.²⁵⁴ De verdachte wordt door de rechtbank wegens ernstige geweldsdelicten veroordeeld tot een lange straf en TBR. In hoger beroep wordt het onderzoek ter zitting voor onbepaalde tijd geschorst. Het Hof vergeet in het zittingsproces-verbaal te doen aantekenen dat er ‘klemmende redenen’ zijn die tot een onderbreking van meer dan een maand noopten. De voorlopige hechtenis wordt volgens de toen geldende wet in dergelijke gevallen na 30 dagen beëindigd. De raadkamer van het gerechtshof vond evenwel – opvallend modern – dat die regel niet moest worden toegepast omdat de klemmende redenen er wel degelijk waren en de verdachte die ook kende. Het verzoek tot invrijheidstelling werd daarom afgewezen. Daarna werd de zaak echt gecompliceerd. De verdediging ging tegen deze beslissing in cassatie, en spande bovendien een kort geding aan teneinde onmiddellijke invrijheidstelling te bewerkstelligen. De president in kort geding beval de onmiddellijke invrijheidstelling van de verdachte, waarbij de ontvankelijkheid van de eiser vooral werd gebaseerd op de traagheid van de openstaande rechtsgang in het strafrecht. Toen de Staat tegen dit vonnis in hoger beroep ging, verschoof de vraagstelling op dit punt enigszins. Het ging niet langer om de vraag of de burgerlijke rechter vanwege de vereiste spoed een taak heeft naast de strafrechter, maar om de vraag of de regeling van de toenmalige art. 69 en 75 Sv uitsluitend ruimte biedt aan een civiele procedure indien de voorlopige hechtenis van rechtswege is beëindigd. Deze vraag werd door het civiele gerechtshof ontkennend beantwoord en het daartegen ingestelde cassatieberoep werd verworpen. Intussen was ook binnen het strafrechtelijke domein dezelfde kwestie van de voorlopige hechtenis bij de hoge raad gekomen, en deze had het door de verdachte ingestelde cassatieberoep verworpen²⁵⁵ omdat de verdachte reeds op last van de kort gedingrechter was vrijgelaten. De omstandigheid dat het vonnis waarop de invrijheidstelling berustte vervolgens werd vernietigd, geeft aanleiding tot hersenbrekers waarvoor een juridisch sluitende oplossing waarschijnlijk niet voorhanden is. De les van dit vierde voorbeeld is dat het ‘hoppen’ van strafvordering naar civiel kort geding – mede gezien het stelsel van rechtsmiddelen – kan leiden tot complicaties die binnen een ordelijk stelsel niet meer kunnen worden beheerst of opgevangen. Dergelijke vormen van interferentie dienen daarom zoveel mogelijk te worden vermeden.

Als laatste voorbeeld van relevante kort geding-rechtspraak noemen wij de penitentiaire sector. Het strafrechtelijk domein voorziet in diverse instrumenten teneinde de naleving van de interne en de externe rechtspositie van gedetineerden

253 In die zin ook Van de Griend, *a.w.* p. 363.

254 Met noot van Th. W. van Veen. Zie over deze casus ook uitvoerig Van de Griend, *a.w.* p. 46-49 en Groenhuijsen, *a.w.* p. 230 en p. 236.

255 NJ 1989, 378.

te bewaken. Niettemin hebben vele gevangenen – niet zelden met succes – de weg naar de civiele rechter in kort geding gevonden.²⁵⁶ In het kader van het onderhavige onderzoeksproject kunnen hierbij de volgende kanttekeningen worden gemaakt. De tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen – veroordelingen tot vrijheidsstraf daaronder begrepen – behoort zonder twijfel tot het terrein van het strafprocesrecht. Het vijfde boek van het wetboek van strafvordering heeft betrekking op ‘tenuitvoerlegging en kosten’, waarin de derde afdeling is gewijd aan de tenuitvoerlegging van bevelen tot vrijheidsbeneming en veroordelende vonnissen of arresten. Toch zijn wij van oordeel dat deze materie in hoofdzaak buiten de grenzen valt van het onderzoeksproject Strafvordering 2001. De materiële en formele waarborgen rond de interne en de externe rechtspositie van gedetineerden zijn voornamelijk ondergebracht in andere regelingen dan het wetboek van strafvordering. De meest aansprekende voorbeelden zijn de Penitentiaire beginselenwet en de daarbij behorende uitvoeringsvoorschriften.²⁵⁷ De stof die hierin is geregeld behoort naar ons oordeel ook in de toekomst niet deel uit te maken van de systematische uitgangspunten waarop een vernieuwd wetboek van strafvordering dient te berusten. Daarom spreken wij ons binnen ons onderzoeksproject niet uit over detentiekwesties. Om dezelfde reden kan de bestaande kort gedingrechtspraak hieromtrent niet als argument worden aanvaard ten voordele of ten nadele van het scheppen van een restvoorziening voor de rechtsbescherming binnen het wetboek van strafvordering.²⁵⁸

Tot zover enkele voorbeelden waaruit enkele mogelijkheden en moeilijkheden van de huidige inmenging door de civiele rechter in strafzaken naar voren komen. Uit de voorbeelden blijkt al op enkele genoemde punten welke de cruciale rechtswaarden en -belangen in dit verband tegen elkaar moeten worden afgewogen. Ter voorbereiding op onze eigen standpuntbepaling in paragraaf 4.3 en 4.4 moeten voorts nog enkele basisgegevens omtrent het vigerende recht kort worden gerecapituleerd. Het is algemeen bekend dat de bevoegdheid van de burgerlijke rechter op dit terrein in de praktijk nooit problemen oplevert. Dat is het geval, omdat in de jurisprudentie is bepaald dat de rechter al kennis mag nemen van de zaak als de eiser stelt te zijn getroffen in een hem toekomend burgerlijk recht.²⁵⁹ De eigenlijke schifting van problemen waarvoor de civiele rechter zich al dan niet laat adiëren vindt dan ook plaats bij de beslissing omtrent de ontvankelijkheid. En daarbij wordt het – evenzeer algemeen bekende – criterium gehanteerd of er binnen het strafrecht ‘geen met voldoende waarborgen omgeven rechtsgang’ voorhanden is.²⁶⁰

256 Zie het overzicht bij Van de Griend, *a.w.* p. 259-324.

257 Te denken valt ook aan de Beginselenwet verpleging terbeschikkinggestelden c.a. en de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen. Minder bekend, maar in de praktijk ook tot problemen leidend, zijn de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers, alsmede de Wet verblijf in politiecellen.

258 Dezelfde overweging ligt ten grondslag aan het achterwege laten van een beschouwing omtrent de relatief frequente bemoeienis van de civiele kort geding-rechter met uitleveringskwesties. Zie bij wijze van voorbeeld hieromtrent het redactionele commentaar in *Nieuwsbrief Strafrecht* 20 december 2002, p. 724 e.v. (Taru Spronken).

259 Zie het standaardarrest *Guldemon- Noordwijkerhout* HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407.

260 Nog altijd voor zover hier van belang voortbouwend op de beslissing in het Schellen en deupeniers-arrest HR 22 februari 1957, *NJ* 1957, 310.

In gevallen waarin het strafrecht geen met voldoende waarborgen omgeven rechtsgang aanreikt zal de kort geding-rechter dus beoordelen of de rechten van de justitiabele zijn geschonden. Daarbij zijn twee factoren van belang. Ten eerste is de beoordelingsmaatstaf gelegen in de vraag of de strafvorderlijke autoriteiten jegens de eiser zich zodanig in strijd met het geschreven of ongeschreven recht hebben gedragen, dat moet worden gesproken van een onrechtmatige daad. Ten tweede moet in aanmerking worden genomen dat de kort geding-rechter enige terughoudendheid in acht neemt bij het toetsen van de gewraakte handelingen aan deze maatstaf. In het algemeen wordt in dit verband wel gesproken van een marginale toetsing. De rechter gaat niet na of de strafvorderlijke actie – of het achterwege blijven daarvan – terecht is ondernomen (resp. niet is verricht), maar hij stelt in beginsel alleen vast of een redelijk denkend handhaver van het recht (doorgaans de officier van justitie) op de bestreden wijze heeft kunnen handelen of nalaten.

Deze basisgegevens leveren belangrijke aanknopingspunten op voor de systematische inrichting en de normering van het strafvorderlijk onderzoek. Gebleken is namelijk dat de kort geding-rechter alleen pleegt in te grijpen in deze sfeer als er echt veel mis is. Er is geen met waarborgen omgeven procedure beschikbaar, en – cumulatief – de overheid heeft in zijn strafvorderlijke optreden een onrechtmatige daad jegens de justitiabele gepleegd, hetgeen reeds bij marginale toetsing te constateren is. Tegen deze achtergrond is het niet verwonderlijk dat het kort geding wel is gekenschetst als ‘onze habeas corpus’ en als ‘misschien wel het belangrijkste rechtsmiddel van de burger tegen onwetmatig en willekeurig optreden door de overheid’.²⁶¹

Vanuit de uitgangspunten die binnen het onderzoeksproject Strafvordering 2001 zijn ontwikkeld, zijn krachtige aanwijzingen af te leiden dat deze stand van zaken systematisch niet te verantwoorden is. Uit de eerder verschenen interimrapporten blijkt immers, zoals in paragraaf 4.1 reeds werd aangestipt, dat in onze visie het handelen van opsporingsambtenaren bij het uitoefenen van de opsporingstaak nadere normering behoeft indien:

- a. er sprake is van mogelijke schending van grond- of mensenrechten van burgers;
- b. de integriteit van het opsporingsapparaat dat wenselijk maakt (bijvoorbeeld bij de wettelijke regeling van infiltratie teneinde opsporingsambtenaren te behoeden voor excessieve verlokkingen);
- c. de transparantie van het opsporingsonderzoek daartoe noopt (verslagleggingsplichten bij de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden);
- d. dit is vereist teneinde de betrouwbaarheid van bepaalde opsporingsmethoden te bevorderen (voorbeeld: protocolleren van verdachtenverhoor; regeling van oslo-confrontaties).

Welnu, deze – met het oog op de opsporing verwoorde – onderwerpen en invalshoeken zijn dermate fundamenteel voor een systematische inrichting van het wetboek van strafvordering in zijn geheel, dat moeilijk kan worden verklaard of gerechtvaardigd dat hieromtrent het belangrijkste rechtsmiddel tegen onwetmatig

261 J. Drion, *NJB* 1951, p. 896; ook aangehaald door P.J. Baauw, ‘Strafrecht en kort geding’, *Advocatenblad* 1986, p. 460 en door M.S. Groenhuijsen, *a.w.* p. 238.

en willekeurig optreden door de overheid gelegen zou kunnen zijn bij de civiele rechter in kort geding.

Integendeel, een systematisch opgezet modern wetboek behoort de intentie uit te stralen om vanuit deze invalshoeken in beginsel een dekkend stelsel van normering en bijpassende rechtsbescherming te bieden. In het woord ‘systematisch’ ligt naast een intentie ook een zekere pretentie besloten dat er op een coherente – en dus niet voorspelbaar lacuneuze – wijze is voorzien in de mogelijkheid van rechterlijk toezicht en redres in gevallen waarin daaraan een redelijke behoefte is. Vanuit deze gezichtspunten zijn er dus zwaarwegende argumenten voorhanden om binnen het wetboek van strafvordering niet alleen te voorzien in een stelsel van rechtsbescherming dat in beginsel alle voorzienbare gevallen dekt (zie daarover nader de volgende paragraaf), maar daarin ook een restvoorziening op te nemen die tot aanvullende rechtsbescherming kan leiden in gevallen die hetzij niet voorzienbaar zijn, hetzij dermate heterogeen zijn dat zij niet onder één juridische noemer kunnen worden gebracht. Van de laatste categorie noemen we enkele voorbeelden. Zo kan een verdachte willen opponeren tegen een voorgenomen strafvorderlijke handeling, bijvoorbeeld een aanhouding. In andere situaties zou aanvullende generieke rechtsbescherming gepast kunnen zijn als er na een vooronderzoek geen vervolging wordt doorgezet, waardoor er geen mogelijkheid bestaat om de rechtmatigheid van toegepaste dwangmiddelen – bijvoorbeeld het doorzoeken van de woning van de verdachte – door de zittingsrechter te laten beoordelen en eventueel van rechtsgevolgen te voorzien. En ook voor anderen dan de verdachte kan er een legitieme behoefte aan rechtsbescherming bestaan buiten de thans voorziene bijzondere mogelijkheden binnen het wetboek. Als de doorzoeking van de woning bijvoorbeeld betrekking heeft op het eigendom en de verblijfplaats van een derde, is zelfs in het geval van een onderzoek ter terechtzitting geen ruimte voor rechterlijke toetsing op initiatief van degene die zich benadeeld voelt. En getuigen, wij besluiten met een laatste voorbeeld uit vele denkbare andere, hebben geen mogelijkheid om zich te verzetten tegen de verplichting om te verschijnen indien zij niet voor de status van bedreigde getuige in aanmerking komen.²⁶²

Als aanvullend argument voor een generieke voorziening binnen het strafprocesrecht kan ook worden gewezen op het kostenaspect dat is verbonden aan de vigerende kort gedingpraktijk. Het is in beginsel een systeemvreemd element indien een verdachte (of andere betrokkene) die rechterlijke controle inroept op de naleving van elementaire grond- of mensenrechten, daarvoor in aanmerkelijke mate kan worden belast met proceskosten, zoals thans in het kader van een kort geding het geval is. Een eveneens perifeer (maar evenmin op die grond geheel te verwaarlozen) argument is voorts dat de huidige kort geding-praktijk een eiser in de regel dwingt om de president van de rechtbank in Den Haag te adiëren. Een daarvoor in de plaats te stellen strafvorderlijke voorziening zou het daarentegen mogelijk maken een zaak te laten beoordelen binnen het rechtsgebied waar ook de hoofdzaak zelf aanhangig is (resp. zal worden aangebracht).

262 In onze voorstellen wordt in deze leemte goeddeels voorzien doordat de regeling van het verschoningsrecht wordt verbreed tot een – door de zittingsrechter te maken – afweging van alle in aanmerking komende belangen, waarbij geldt dat de getuige zich van rechtsbijstand kan voorzien. Zie Eerste interimrapport, p. 298-303.

Op de keper beschouwd komt het er dus op neer dat in de bovenstaande gedachtegang aan het concept van een strafvorderlijk systeem zwaarwegende argumenten worden ontleend om te pleiten voor een daarvan deel uitmakende restvoorziening ten aanzien van de rechtsbescherming. Zowel de intentie als de pretentie van een systematische ordening van de stof wijzen in die richting. Het is van belang om hier nog aan toe te voegen dat de argumentatie berust op een interne logica van de binnen ons onderzoeksproject ontwikkelde systematische uitgangspunten van strafvordering. Tegelijkertijd echter bieden die uitgangspunten een basis voor een zekere relativisering van de uiteengezette argumentatie. In het Tweede interimrapport is met betrekking tot de verhouding van de strafvordering tot het bestuursrecht betoogd dat de beide rechtsgebieden niet moeten worden beschouwd als gescheiden werelden.²⁶³ Beide rechtsgebieden maken deel uit van een groter geheel, namelijk het Nederlandse recht, en de systematische vormgeving van dat recht dwingt bepaald niet tot een strikte compartimentering in afzonderlijke domeinen. Integendeel, het blijkt voordelen te bieden als strafrecht en bestuursrecht worden beschouwd als samenvallende werelden, als regelsystemen die over elkaar heen schuiven. Er bestaat zogezien geen bezwaar om regels van bestuursrecht van toepassing te laten zijn op strafvorderlijk terrein. Welnu, met betrekking tot de verhouding van de strafvordering tot het civiele recht ligt het in principe niet anders. Er is derhalve geen principieel bezwaar aan te voeren tegen de toepassing van civielrechtelijke voorzieningen op strafvorderlijk terrein. Men denke slechts aan de vordering tot schadevergoeding gebaseerd op onrechtmatig optreden door justitiële autoriteiten. Er is weinig mee gewonnen als een dergelijke vordering door de strafrechter, op grond van eigen 'strafrechtelijke' regels, zou moeten worden behandeld. Zo ook is er geen principieel bezwaar om de noodzakelijke restvoorziening in handen van de civiele rechter te leggen. Het antwoord op de vraag hoe die restvoorziening vorm dient te krijgen berust uiteindelijk op een afweging van de voor- en nadelen van deze of gene oplossing.

Noch het vertrekpunt, noch het einddoel is derhalve gelegen in het zelfstandige streven om de burgerlijke rechter in kort geding op strafvorderlijk terrein buiten spel te zetten. Naar in het navolgende uiteengezet zal worden leidt de afweging van voor- en nadelen tot een bepaalde begrenzing van de bepleite generale restvoorziening. Die begrenzing maakt dat er altijd een restfunctie voor de civiele kort gedingrechter zal overblijven, onder andere in de (zeldzame) situaties waarin de strafvordering wel een met waarborgen omgeven procedure biedt, maar één die op grond van bijzondere omstandigheden van het geval niet voldoende snel of effectief kan werken.²⁶⁴

263 *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Het vooronderzoek in strafzaken*, deelrapport 1, 'De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht.' (G. Knigge), pp 93-124.

264 Zie onze kanttekeningen bij het hierboven behandelde derde voorbeeld en de uiteenzetting van een zogenaamd twee-sporenmodel bij Van de Griend, *a.w.* p. 363-364. Het bereik van de restfunctie van de burgerlijke rechter wordt hieronder nader bepaald en afgebakend door de inhoud van paragraaf 4.4, waarin wij ons voorstel omtrent de generieke strafvorderlijke voorziening verder uitwerken.

4.3 *De nadelen van een generieke restvoorziening binnen het wetboek van strafvordering*

Aan de gedachte van een generieke restvoorziening ter completering van het stelsel van rechtsbescherming zijn ook nadelen verbonden. We noemen de twee belangrijkste daarvan en zullen aangeven welk gewicht zij hebben en of er mogelijkheden zijn om hun betekenis te reduceren.

Het eerste nadeel is gelegen in de competentie-problemen die kunnen ontstaan doordat naast de generale voorziening die het civiele recht biedt, een tweede soortgelijke voorziening komt te staan speciaal voor de strafvordering. De vraag is of altijd even duidelijk is of het gewraakte overheidsoptreden nu wel of niet op het terrein van de strafvordering ligt. Niet alleen is discussie mogelijk over de vraag waar de grens van de strafvordering precies loopt, er moet ook rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat het desbetreffende overheidsoptreden een gemengd karakter heeft, en dus deels op het terrein van de strafvordering, en deels op dat van het bestuursrecht (of het privaatrecht) moet worden gesitueerd. Daarbij komt dat juist het onrechtmatige karakter van het aangevochten overheids-optreden kan maken dat het moeilijk is om uit te maken tot welk rechtsterrein dat optreden moet worden gerekend. Het punt bij dit alles is dat het de rechtszoekende burger is die met deze afgrenzingsvragen wordt opgezadeld. Hij dreigt (terwijl spoed geboden is) van het kastje naar de muur te worden gestuurd. Het voordeel van het geldende recht is dat er één loket is (de kort gedingrechter) waar de burger steeds terecht kan als tegen het overheidsoptreden geen specifieke remedie bestaat.

Opgemerkt kan worden dat de praktische betekenis van dit nadeel betrekkelijk gering is. In verreweg de meeste gevallen zal zich geen enkel probleem voordoen. Daarbij komt dat de praktische betekenis van het nadeel verder kan worden gereduceerd door de restvoorziening op strafvorderlijk terrein van een nadere omlijning te voorzien. Die nadere omlijning maakt daarbij overigens wel, dat aan het generale karakter van de voorziening en igszins afbreuk wordt gedaan. Er blijven gevallen waarin men zich tot de civiele rechter moet wenden. Overwogen kan voorts worden om de strafvorderlijke restvoorziening niet te beschouwen als een specifieke voorziening ten opzichte van het kort geding. Dat betekent dat de rechtszoekende burger die aarzelt over het juiste 'loket', in elk geval bij de civiele rechter terecht kan.

Het tweede nadeel houdt verband met een van de kernargumenten uit de vorige paragraaf – te weten het concept van een strafvorderlijk systeem van rechtsbescherming. Paradoxaalwijs kan ook het streven naar systematisch vorm gegeven rechtsbescherming een aanknopingspunt opleveren voor een betoog op grond waarvan een generieke restvoorziening zou moeten worden ontraden. Eén van de aspiraties van het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* is immers om een zo compleet mogelijk stelsel van systematische uitgangspunten te ontwerpen, waarmee de strafrechtelijke procedure consistent kan worden genormeerd. Juist op dit punt beoogt het project belangrijke vooruitgang te boeken ten opzichte van het bestaande wetboek. De vraag is of binnen een in beginsel dekkend systeem van rechtsbescherming plaats is voor een generale restvoorziening. De plaatsing van die voorziening binnen het systeem vraagt om een systematisch verantwoorde afgrenzing ten aanzien van de andere – meer specifieke – voorzieningen die het

systeem kent. Die afgrenzingsnoodzaak bestaat niet als de remedie tegen tekortkomingen van het systeem buiten dat systeem moet worden gevonden.

Twee voorbeelden ter illustratie. In ons tweede interimrapport is uitvoerig stilgestaan bij het onderwerp ‘vervolging en rechtsbescherming’.²⁶⁵ Wij hebben geconstateerd dat naar geldend recht de rechtsbescherming verbrokkeld is en op een te laat moment in de rechtsgang wat meer coherent vorm krijgt. Teneinde aan deze problemen het hoofd te bieden hebben wij voorgesteld om de systematiek van rechtsbescherming niet langer te koppelen aan het vervolgingsbegrip, maar hierin al gedurende de opsporingsfase²⁶⁶ te voorzien, en wel vanaf het eerste verdachtenverhoor. Als ijkpunten voor een wettelijke regeling hebben wij, kort samengevat, gestipuleerd: controle op rechtmatigheid, de eis van transparantie van het onderzoek, de waarborg van inwendige openbaarheid, de mogelijkheid van de verdediging om invloed uit te oefenen op het verloop van het onderzoek, en bewaking van de voortgang van het onderzoek. Door het wettelijk stelsel consequent vanuit deze desiderata vorm te geven zou er in principe een dekkend regiem van rechtsbescherming moeten ontstaan, waarbinnen een ongespecificeerde sluitregel in feite een soort *corpus alienum* zou vormen. Dezelfde gedachte kan zich opdringen naar aanleiding van het tweede voorbeeld, dat betrekking heeft op onze eerdere beschouwingen omtrent de rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek.²⁶⁷ Die bemoeienis valt uiteen in twee typen activiteiten, die wij hebben gerubriceerd onder de noemers van de toetsende functie en de onderzoeksfunctie. Het heeft geen meerwaarde om hier de belangrijkste elementen van deze onderscheiden functies te recapituleren. Wel is het nuttig om er op te wijzen dat de herwaardering van de rechterlijke inbreng gedurende het voorbereidend onderzoek tot doel en uitkomst heeft gehad dat er een optimaal regiem van rechtsbescherming is geschetst tegen inbreuken op grondrechten van individuen, met waarborgen voor een evenwichtige feitelijke basis voor cruciale beslissingen in de strafzaak. Als gevolg van een uniform en doorzichtig stelsel voor de verlening van machtigingen en het verbeteren van de mogelijkheid dat de rechter-commissaris op verzoek van de verdachte onderzoek verricht, is de rechtsbescherming strak uitgewerkt vanuit leidende principes als ‘fairness’ en ‘equality of arms’. Zoals gezegd zou deze welomlijnde structuur zich dogmatisch wellicht moeilijk verdragen met een inhoudelijk oningevulde restvoorziening, vooral niet als die in feite alleen maar betrekking zou hebben op theoretisch denkbare sporadische lacunes.

Dat de inpassing van een ongeclausuleerde restvoorziening in het systeem van de strafvordering op problemen stuit, geldt in het bijzonder met betrekking

265 J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven, ‘Vervolging en rechtsbescherming’, in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 4, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 387 e.v.

266 Waarbij dient te worden aangetekend dat ook het opsporingsbegrip zelf een nieuwe inhoud heeft gekregen. Zie G. Knigge & N.J.M. Kwakman, ‘Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak’, in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 2, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 125 en verder

267 Zie A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis, ‘De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek’, in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 5, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 497 e.v.

tot de fase van het onderzoek ter terechtzitting en het beslissingsschema waarvoor de strafrechter dan moet instaan. Hoe dient die niet nader omliggende restvoorziening zich systematisch gezien te verhouden tot de taken en verantwoordelijkheden van de zittingsrechter?

Wij hebben binnen dit onderzoeksproject herhaaldelijk vastgesteld dat de rechter vanaf het moment dat de openbare terechtzitting is geopend verantwoordelijk is voor de zorgvuldigheid en de compleetheid van het onderzoek. Deze positionering van de zittingsrechter brengt met zich mee dat hij op aangeven van de verdediging of van het openbaar ministerie – maar ook ambtshalve – genoopt kan worden om allerlei beslissingen te nemen omtrent reeds verrichte of nog uit te voeren onderzoekshandelingen. Er kan bijvoorbeeld reden zijn om het eindonderzoek te schorsen teneinde bepaalde getuigen of deskundigen nader te doen horen door de rechter-commissaris, dan wel te doen oproepen voor een nadere zitting. In andere situaties kunnen er verschillen van inzicht blijken omtrent de samenstelling van het strafdossier, met als mogelijke uitkomst dat de rechter gelast dat bepaalde documenten aan het dossier moeten worden toegevoegd. Waar het nu om gaat is dat voorkómen moet worden dat er gedurende de fase na aanvang van het onderzoek ter terechtzitting twee verschillende rechterlijke autoriteiten kunnen worden geadieerd met vorderingen of verzoeken die de loop van het nader onderzoek regarderend. Systematisch is de eindverantwoordelijkheid van de zittingsrechter in deze periode niet te combineren met de mogelijke inzet van een strafvorderlijke restrechter. Hetzelfde argument – géén twee kapiteins op één schip – is ook van betekenis voorzover de restrechter zou worden geroepen om een oordeel te vellen over de rechtmatigheid van opsporingshandelingen, of het achterwege laten daarvan, gedurende het voorbereidend onderzoek. Ook hiervoor geldt dat met het aanvangen van het openbare eindonderzoek de exclusieve verantwoordelijkheid komt te liggen in handen van de zittingsrechter. De structuur van deze fase van het geding is daartoe ook geëigend. De procedure biedt ruimte aan de betrokkenen om alle relevante klachten naar voren te brengen, en het beslissingsschema van art. 348 en 350 Sv biedt een processueel kader om de belangrijkste daarvan in strafrechtelijke uitkomsten om te zetten of te verdisconteren.²⁶⁸

Dit alles brengt ons tot de volgende voorlopige slotsom. In paragraaf 4.2 zijn de gevallen en de gronden uiteengezet waarin resp. waarop de kort geding-rechter naar geldend recht wordt geroepen een oordeel te geven in strafvorderlijke aangelegenheden. De gevallen bleken betrekking te hebben op alle fasen van het strafgeding – van vroegsporing tot executie van vrijheidsstraffen – waarbij de klager naar voren brengt dat het Wetboek van Strafvordering hetzij een lacune in de rechtsbescherming bevat, hetzij te traag werkt om een ‘effective remedy’ te kunnen bieden. Tegen die achtergrond is wel gesteld dat de civiele rechter misschien wel de belangrijkste waarborg biedt tegen onwetmatig of willekeurig optreden van de overheid²⁶⁹. Als dat zo is, dan schiet een ordentelijk ingericht Wetboek van Strafvordering in systematisch opzicht tekort. De intentie en de pretentie – samen genomen: de aspiratie – van het wettelijk systeem kan immers geen andere zijn dan een in beginsel dekkend stelsel van individuele rechtsbescherming aan te reiken.

268 Zie het hieronder opgenomen deelrapport van Y.G.M. Baaijens-van Geloven, *De rechtsgevolgen (sanctionering) van onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek*.

Dat pleit voor de introductie van een generieke strafvorderlijke restvoorziening op dit punt. Niettemin is in de voorafgaande onderdelen van deze paragraaf gebleken dat er ook vanuit de door ons ontworpen systematische uitgangspunten bezwaren kunnen zijn verbonden aan zo'n oplossing. De uitweg uit dit ogenschijnlijk dilemma is gelegen in een adequate vormgeving van de bedoelde strafvorderlijke restvoorziening.

Voor de fase van het voorbereidend onderzoek zijn de voordelen van de bedoelde voorziening onmiskenbaar zwaarwegender dan de eventuele nadelen. Na aanvang van het onderzoek ter terechtzitting ligt dit op de zojuist genoemde gronden anders: dan dreigt een vertroebeling van rechterlijke competenties die we binnen dit onderzoeksproject nu juist proberen te vermijden. De executiefase – waarin naar geldend recht het kort geding een niet onbelangrijke rol speelt – valt, zoals hierboven reeds is opgemerkt, buiten het domein waarvoor binnen ons project systematische uitgangspunten worden ontwikkeld. Dit leidt tot de conclusie dat onvoorziene lacunes in de rechtsbescherming in het vooronderzoek kunnen en moeten worden opgevangen binnen het stelsel van het wetboek van strafvordering. In paragraaf 4.4 worden de belangrijkste elementen van de door ons beoogde restvoorziening uitgewerkt. Voor de burgerlijke rechter in kort geding blijft dan een rol weggelegd voor de (uitzonderlijke) situaties waarin het strafvorderlijk systeem te traag zou werken en voor penitentiaire aangelegenheden.

4.4 Uitwerking op onderdelen

4.4.1 Inleiding

Naar uit het voorgaande bleek is er in het strafproces behoefte aan een algemene beklagprocedure met betrekking tot de opsporing. Deze beklagprocedure heeft het karakter van een restvoorziening die dezelfde functie vervult als thans het kort geding.

Een dergelijke strafvorderlijke restvoorziening heeft een aantal concrete voordelen ten opzichte van de kort geding-procedure. Te noemen zijn in het bijzonder:

- (1) In het kort geding is de Staat de te dagvaarden tegenpartij. De president van de Rechtbank Den Haag is daardoor bevoegd en de klager vindt de landsadvocaat tegenover zich. In een strafvorderlijke restvoorziening kan de klacht worden ingediend bij de rechtbank waarbij de voor het opsporingsonderzoek verantwoordelijke officier van justitie werkzaam is. Die officier wordt als 'tegenpartij' in de procedure gehoord. De klacht komt zo dus op het juiste adres terecht.
- (2) De bevoegdheden van de oordelende rechter kunnen afgestemd worden op het strafvorderlijke kader. Zo kan hem de bevoegdheid worden toegekend de overlegging van bepaalde stukken te bevelen.
- (3) De (financiële) drempels die eigen zijn aan de civiele procedure vervallen. Dat neemt niet weg dat desgewenst in op de strafvordering toegesneden drempels kan worden voorzien. De noodzaak van dergelijke drempels moet dan echter wel beargumenteerd kunnen worden.

De voorgestelde voorziening kan beschouwd worden als een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang, zodat de weg naar de civiele rechter in beginsel afgesloten is. In beginsel, want in verband met eventuele competentieproblemen is denkbaar dat de keuze aan de rechtzoekende wordt overgelaten. Onderzocht zal worden of daaraan behoefte bestaat. Veel zal afhangen van de precieze vormgeving van de strafvorderlijke restvoorziening. Hoe duidelijker de gevallen kunnen worden omlijnd waarvoor die voorziening is bestemd, hoe minder behoefte er zal zijn om die voorziening ten opzichte van het kort geding anders te situeren dan gebruikelijk is.

Niet alleen de verhouding ten opzichte van het kort geding verdient aandacht, ook de verhouding met de specifieke voorzieningen die het strafvorderlijk stelsel biedt, moet worden bepaald. Kan een generale restvoorziening op bevredigende wijze worden ingebouwd in een ‘gesloten’ systeem van rechtsmiddelen? Ook hier geldt dat het antwoord op deze afbakeningsvraag afhankelijk is van de precieze vormgeving van de restvoorziening.

In het onderstaande zal de voorgestelde restvoorziening op een aantal onderdelen nader worden uitgewerkt. De aandacht zal daarbij in het bijzonder uitgaan naar het karakter van deze voorziening, en de gevallen waarvoor zij is bedoeld. Op basis van deze omlijning kan dan de plaats van de restvoorziening in het strafvorderlijk systeem worden bepaald en kan worden gezien hoe zij zich dient te verhouden tot het kort geding.

4.4.2 Het karakter van de voorziening

Toetsingscriterium

De voorziening beoogt een remedy (in de zin van art. 13 EVRM) te bieden tegen inbreuken door de overheid op de rechten en vrijheden van burgers. Daaruit volgt in de eerste plaats dat deze voorziening alleen openstaat voor burgers, en dus niet voor de justitiële autoriteiten. Daaruit volgt in de tweede plaats dat alleen over beweerdelijk onrechtmatig optreden kan worden geklaagd. Dat betekent dat de rechter het handelen of nalaten van de overheid uitsluitend toetst aan het recht: wet, verdrag, beginselen. Het gaat dus om een rechtmatigheidstoets.

Er is derhalve een duidelijk verschil met het strafrechtelijk kort geding zoals dat in het Wetboek van Strafvordering voor de Nederlandse Antillen en Aruba is geregeld.²⁶⁹ Volgens art. 43 lid 1 ASv kan de rechter om een ‘voorziening’ worden gevraagd ‘in alle gevallen waarin het belang van een goede strafrechtsbedeling (zulk) een voorziening noodzakelijk maakt’. De toetsing die van de rechter wordt gevraagd, lijkt hier aanmerkelijk verder te gaan dan de toetsing die de rechter ingeval van een beweerdelijke onrechtmatige daad pleegt te verrichten. Er wordt niet alleen aan het geldende recht getoetst, dat recht lijkt ook, als dat ‘noodzakelijk’ voorkomt, aangevuld te mogen worden. De indruk dat de rechter desnoods als plaatsvervangend wetgever mag optreden, wordt vergroot door het feit dat art. 43 lid 2 ASv het openbaar ministerie de bevoegdheid geeft een voorziening te vorderen. Het gevaar is niet denkbeeldig dat langs deze weg nieuwe bevoegdheden worden gecreëerd, die naast de wettelijke geregelde dwangmiddelen komen te

269 Zie over dit ‘Antilliaanse model’ Van de Griend, *a.w.*, p. 349 e.v.

staan. Met de invulling die in Nederland aan het legaliteitsbeginsel wordt gegeven, is dat moeilijk te rijmen. Het Antilliaanse model verdient dan ook geen navolging.

Directe rechtsbescherming

Met de eis van spoedeisend belang hangt samen dat het civiele kort geding zich in de meeste gevallen richt op het voorkomen of beëindigen van een onrechtmatige situatie. De gevorderde beslissing is toekomstgericht. Gevraagd wordt een gebod of verbod voor de toekomst. In die primaire of directe rechtsbescherming ligt de grote kracht van het kort geding op het terrein van de strafvordering.²⁷⁰ Het maakt het mogelijk om onmiddellijk een einde te maken aan een (dreigende) inbreuk op de rechten van burgers door justitieel optreden. De voorgestelde restvoorziening moet deze functie van het kort geding op het terrein van de strafvordering overnemen. De procedure moet directe rechtsbescherming bieden. Dat brengt als vanzelf mee dat snel een beslissing moet kunnen worden verkregen. De procedure moet dus kort zijn.

Voorgesteld wordt de restvoorziening tot die directe rechtsbescherming te beperken. Het gaat dus uitsluitend om een rechtsmiddel dat een onmiddellijk einde moet maken aan een dreigende of al bestaande onrechtmatige situatie. Het middel richt zich op de verandering van die situatie door middel van een gebod of verbod voor de toekomst. Dat betekent dat over onrechtmatig optreden dat reeds heeft plaats gevonden, niet kan worden geklaagd. Dat betekent ook dat schadevergoeding niet via die weg kan worden verkregen. Daarin verschilt de voorgestelde procedure van het civiele kort geding, dat ook gebruikt kan worden voor het verkrijgen van een voorschot op de gevorderde schadevergoeding. Voor dergelijke secundaire rechtsbescherming is in de voorgestelde restvoorziening geen plaats.

De zelfstandigheid van de procedure

De voorgestelde voorziening verschilt ook nog op een ander punt van het civiele kort geding. Zij krijgt vorm als een zelfstandige procedure. Er is dus geen sprake van een bodemprocedure waaraan die voorziening is gekoppeld. Daarin is mee een reden gelegen om de mogelijkheid om een voorschot op de gevorderde schadevergoeding te verkrijgen, uit te sluiten. Een dergelijke voorziening kan namelijk moeilijk van een bodemprocedure worden los gedacht.

De eis van spoedeisend belang die voor het civiele kort geding geldt, vindt zijn bestaansgrond in de koppeling van het kort geding aan een bodemprocedure. Wat niet spoedeisend is, dient in de bodemprocedure te worden beslecht. Aangezien de strafvorderlijke restvoorziening een zelfstandig karakter draagt, kan een spoedeisend belang niet gevorderd worden. Iets anders is dat uit de beperking tot directe rechtsbescherming voortvloeit, dat de klager een direct belang moet hebben bij een ander overheidsoptreden. Dat directe belang zal in de praktijk vrijwel steeds een spoedeisend belang zijn. Praktisch gesproken is er dus op dit punt weinig verschil. Men zou kunnen zeggen dat de relatie tussen spoed en direct belang bij de voorgestelde restvoorziening net andersom is als bij het kort geding. Bij het kort geding vloeit uit het vereiste spoedeisend belang voort, dat het hoofdzakelijk gaat om directe bescherming. Bij de strafvorderlijke restvoorziening vloeit uit de

270 Het onderscheid tussen primaire en secundaire rechtsbescherming is ontleend aan Van de Griend, *a.w.*, p. 62 e.v.

bepierking tot direkte rechtsbescherming voort, dat er vrijwel steeds een spoedeisend belang zal zijn. In die omgekeerde relatie ligt intussen wel een belangrijk argument besloten voor de beperking van de restvoorziening tot direkte rechtsbescherming. Als die beperking niet zou gelden, zouden ook schadevergoedingskwesties met betrekking tot onrechtmatig overheidsoptreden die geen spoedeisend belang hebben, in de restvoorziening belanden en daarin worden beslist. Die restvoorziening zou daarmee niet alleen de functie van het kort geding overnemen, maar ook die van de bodemprocedure. Daarop is die restvoorziening niet berekend.

De vormgeving als zelfstandige procedure maakt dat de beslissing waartoe zij leidt, een definitief karakter heeft. Daarin zou een probleem kunnen worden gezien. In het voorlopig karakter van het kort geding schuilt immers mede een rechtvaardiging voor de snelheid waarmee een beslissing kan worden verkregen. Het is geen bezwaar dat de zaak niet tot op de bodem wordt uitgezocht, omdat de partij die meent dat de voorlopige beslissing onjuist is, kan proberen zijn gelijk alsnog in de bodemprocedure te halen. Een procedure die uitmondt in een definitieve beslissing, dient zógezien veel grondiger van opzet te zijn en met meer waarborgen te zijn omkleed. Dat echter zou weer ten koste gaan van de snelheid. En zonder die snelheid kan de strafvorderlijke restvoorziening haar functie, het bieden van directe rechtsbescherming, niet vervullen.

Naar het oordeel van de onderzoeksgroep behoeft aan het bezwaar dat de restvoorziening tot een definitieve beslissing leidt, niet zwaar te worden getild. Daarvoor zijn verschillende redenen aan te voeren. De eerste is gelegen in de beperking tot directe rechtsbescherming. Die maakt zoals wij reeds zagen dat de vraag naar de schadevergoeding buiten de restvoorziening blijft. Daarbij geldt bovendien – zoals hieronder nog nader zal worden uiteengezet – dat de civiele rechter die over de toekenning van schadevergoeding moet oordelen, niet is gebonden aan het oordeel van de strafvorderlijke restrechter over de rechtmatigheid van het overheidshandelen. De beslissing van de restrechter is dus wel definitief, maar tegelijk in haar gevolgen beperkt. Als de klager ongelijk krijgt, is daarvan het gevolg dat het beweerdelijk onrechtmatige overheidsoptreden doorgang kan vinden. Dat gevolg is niet dat achteraf geen vordering meer tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad bij de civiele rechter kan worden ingediend. Voor de klager die ongelijk krijgt, staat dus in feite een ‘bodemprocedure’ open.

De tweede reden is dat de snelheid van het kort geding haar rechtvaardiging niet uitsluitend, en zeker niet in de eerste plaats, vindt in de koppeling aan een bodemprocedure. Die rechtvaardiging is in de eerste plaats gelegen in de acuutheid van het conflict. Het is de noodzaak van spoed die maakt dat snelheid zwaarder mag wegen dan grondigheid van oordeelsvorming. De mogelijkheid dat daardoor een opsporingshandeling ten onrechte wordt verboden, weegt niet op tegen de onmogelijkheid iets tegen (apert) onrechtmatig optreden te kunnen ondernemen. Het uitblijven van een tijdige beslissing schept hier evenzeer een voldongen feit als het nemen van een mogelijk onjuiste beslissing. En het nadeel van het één is bepaald niet kleiner dan het nadeel van het ander.²⁷¹

271 Het nadeel van een onjuiste *afwijzing* van de klacht is even groot als het uitblijven van een tijdige beslissing: in beide gevallen gaat het overheidsoptreden gewoon door.

De derde reden is dat het voorlopige karakter van de beslissing in kort geding vooral een theoretische blijkt te zijn. In de praktijk is die beslissing veelal definitief, doordat partijen daarin berusten en dus geen bodemprocedure beginnen. Dat zal deels te maken hebben met het feit dat ook een voorlopige beslissing in veel gevallen een voldoende feit schept. Het effect van bijvoorbeeld een verbod om een bepaalde opsporingshandeling te verrichten, kan in de bodemprocedure niet meer ongedaan gemaakt worden.²⁷² Daarnaast lijkt de hoge graad van acceptatie van de beslissing erop te duiden dat de procedure in de regel ondanks haar snelheid tot bevredigende uitkomsten leidt.

Definitieve beslissing/gevolgen

Als gezegd brengt de vormgeving als zelfstandige procedure mee, dat de restvoorziening uitmondt in een definitieve beslissing. Het is zaak scherp voor ogen te houden wat daarmee wordt bedoeld. Eigenlijk niet meer dan dat de beslissing geen voorlopig karakter draagt. Daarom geldt voor die beslissing wat voor iedere beslissing geldt waartegen geen rechtsmiddel open staat: zij gaat in kracht van gewijsde. Die kracht van gewijsde voegt aan de beslissing zelf niets toe. Dat de beslissing definitief is, wil dus niet zeggen dat er meer in mag worden gelezen dan hetgeen zij behelst.

Wat nu behelst de beslissing? Als de klacht gegrond wordt bevonden, houdt de beslissing in dat het openbaar ministerie het gewraakte optreden moet staken. Dat optreden gaat 'definitief' niet door. Als het beklag ongegrond wordt bevonden, houdt de beslissing in dat het bezwaar van de klager geen beletsel vormt voor het aangevochten overheidsoptreden. De klager moet zich daarbij neerleggen, het openbaar ministerie behoeft zijn gedragslijn niet te veranderen. Niets minder, maar ook niets meer. Wat de beslissing met name niet behelst is een declaratoire uitspraak over de rechtmatigheid of de onrechtmatigheid van het litigieuze overheidsoptreden. Voor het verkrijgen van dergelijke uitspraken is de restvoorziening niet bedoeld. Het oordeel dat het aangevochten overheidsoptreden niet onrechtmatig is, is slechts de grond voor de beslissing dat het beklag moet worden verworpen. Dat die beslissing onherroepelijk is, zegt iets over de beslissing, maar niet iets over de grond waarop die beslissing steunt. De consequentie van die onherroepelijkheid is dus niet dat voortaan in rechte vaststaat dat het aangevochten overheidsoptreden rechtmatig is. Aan het oordeel daarover zijn latere rechters dan ook niet gebonden.

Voor de klager is dat niet onbelangrijk. Zo verspeelt hij met zijn beklag niet de mogelijkheid om achteraf, als het overheidsoptreden doorgang heeft gevonden, een vordering tot schadevergoeding in te dienen bij de burgerlijke rechter. In die procedure staat de rechtmatigheid van dat optreden opnieuw ter discussie. De civiele rechter kan daarbij tot een ander oordeel komen dan de strafvorderlijke restrechter gaf. Zo ook verspeelt de klager die tevens verdachte is, niet de mogelijkheid om achteraf, bij de behandeling van zijn strafzaak ter terechtzitting, een beroep te doen op de onrechtmatigheid van de bewijsgaring. Ook de strafrechter is dus niet aan het oordeel van de restrechter gebonden.

²⁷² Daarin kan zelfs een argument gevonden worden vóór een zelfstandige procedure. In die procedure kan het openbaar ministerie immers een rechtsmiddel tegen de beslissing worden gegeven die sneller uitsluitel biedt dan een slepende bodemprocedure.

4.4.3 Het voorwerp van beklag

Voorgesteld wordt het voorwerp van beklag als volgt af te grenzen. Een eerste beperking is dat uitsluitend kan worden geklaagd over onrechtmatig overheidsoptreden in het kader van het opsporingsonderzoek. Een tweede beperking is dat het moet gaan om (beweerdelijk onrechtmatig) handelen of nalaten waarvoor de officier van justitie als leider van het opsporingsonderzoek verantwoordelijk is.

De eerste beperking brengt mee dat niet geklaagd kan worden over handelen of nalaten dat buiten het kader van het opsporingsonderzoek valt. Daarbij dient overigens wel bedacht te worden dat de opsporingstaak in de voorstellen van de onderzoeksgroep ruim is gedefinieerd. Daaronder valt alle optreden dat gericht is op de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Daartoe dient dus ook de zogenaamde repressieve controle en de zogenaamde proactieve opsporing te worden gerekend.²⁷³

De tweede beperking brengt mee dat niet geklaagd kan worden over beslissingen of handelingen van rechters of rechterlijke colleges. Daartegen kan in het kader van de strafvordering alleen worden opgekomen voorzover het (gesloten)stelsel van rechtsmiddelen daarin voorziet. Dit betekent ook dat mogelijk onrechtmatig optreden van de rechter-commissaris geen voorwerp van beklag kan zijn.

Met betrekking tot de eerste beperking zij nog het volgende opgemerkt. Doordat uitgegaan wordt van een ruim opsporingsbegrip (en het daaraan ten grondslag liggende doelcriterium) zullen zich weinig afbakeningsproblemen voordoen. Elk optreden in het kader van onderzoek dat zich richt op de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, kan voorwerp van beklag zijn. Het gehanteerde doelcriterium maakt dat de fase waarin het onderzoek zich bevindt en de bestaande onderscheidingen die daarop zijn gebaseerd (verkennend, proactief, reactief, enzovoort) niet relevant zijn. Dat doelcriterium maakt ook dat er in beginsel een helder onderscheid kan worden gemaakt met bestuurlijk optreden, waarover niet kan worden geklaagd. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan politieoptreden ter handhaving van de openbare orde en aan het toezicht dat in de Algemene wet bestuursrecht regeling heeft gevonden. Dat toezicht richt zich niet op de strafrechtelijke, maar op de bestuursrechtelijke wetshandhaving.

Dit op zich zelf heldere onderscheid kan in de praktijk tot (competentie)problemen leiden omdat strafvorderlijk optreden en bestuurlijk optreden feitelijk kunnen samenvallen. Zo kan ingeval van ordeverstoringen zowel sprake zijn van justitieel optreden waarvoor de officier van justitie verantwoordelijk is (van opsporing dus in de ruime zin van het woord), als van ordehandhaving waarvoor de burgemeester verantwoordelijk is. Zo ook kan, als de betrokken ambtenaar naast zijn toezichthoudende taak ook een opsporingstaak heeft, tegelijkertijd sprake zijn van repressieve controle (van opsporing dus in ruime zin) en bestuurlijk toezicht. De strafvorderlijke restvoorziening kan in dit soort situaties moeilijk anders dan beperkt zijn tot het justitiële aspect. Anders immers zou de strafrechtelijke

273 *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 2, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak', (Knigge & Kwakman), met name p. 338 e.v.

restrechter zich buiten het terrein van de strafvordering begeven, en oordelen over optreden waarvoor andere dan justitiële bestuursorganen (zoals de burgemeester) verantwoordelijk zijn. Over het overheidsoptreden kan bij feitelijke samenval van strafvorderlijk en bestuurlijk optreden dus alleen geklaagd worden voorzover de officier van justitie daarvoor de verantwoordelijkheid draagt.

Een spiegelbeeldige invulling van de competentie van de kort geding-rechter (alleen bevoegd voorzover van bestuurlijk optreden sprake is) lijkt echter ongewenst. Om te voorkomen dat de rechtzoekende burger van het kastje naar de muur wordt gestuurd, wordt voorgesteld de civiele rechter steeds bevoegd te achten als aan het beweerdelijk onrechtmatig optreden mede een bestuurlijk aspect kleeft. In die benadering is de weg naar het civiele kort geding dus alleen afgesneden als het aangevochten overheidsoptreden uitsluitend een justitieel karakter heeft. Dat betekent dat de rechtzoekende ingeval van ‘gemengd’ overheidsoptreden een (beperkte) keuzemogelijkheid heeft. Hij kan zich tot de strafvorderlijke restrechter wenden, maar loopt dan het risico dat die rechter zijn klacht deels niet-ontvankelijk zal verklaren. Die weg is dus alleen aangewezen als het justitiële aspect duidelijk is te onderscheiden van het bestuurlijke, en de klager zich daartoe wenst te beperken. In gevallen waarin een duidelijk onderscheid op voorhand niet is te maken, of waarin de klager mede over de bestuurlijke kant wil klagen, staat de weg van het kort geding open. De civiele rechter is in die gevallen ook bevoegd om te oordelen over de strafvorderlijke kant van de zaak.

Opgemerkt kan overigens worden dat dergelijke gevallen van gemengd overheidsoptreden in de praktijk maar zelden tot problemen zullen leiden. Dat komt doordat de strafvorderlijke restvoorziening zich beperkt tot directe rechtsbescherming, en dus niet open staat voor klachten achteraf. De procedure is bijvoorbeeld niet bedoeld voor klachten over de wijze waarop de politie bij ordeverstoringen is opgetreden. Wel zou gedacht kunnen worden aan een klacht over de voorgenomen ontruiming van een krakerspand.²⁷⁴ Dergelijke gevallen zijn echter in de minderheid. De besproken competentieproblemen hebben dus een betrekkelijk hoog studeerkamergehalte, en zijn mede daarom overkomelijk.

Bij de vraag of en in hoeverre geklaagd kan worden over de bejegening van verdachten tijdens hun eventuele detentie, speelt vooral de tweede beperking een rol. De bejegening van voorlopig gehechten in het Huis van Bewaring valt onder de verantwoordelijk van de directeur van de penitentiaire inrichting, en dus niet onder die van de officier van justitie. Tegen eventuele onregelmatigheden op dit punt kan dus niet via de strafvorderlijke klachtprocedure worden opgekomen. De gedetineerde is hier dus aangewezen op de klachtprocedure van de Penitentiaire Beginsele wet, en voor zover die tekortschiet, op de kort geding-rechter. Anders echter moet worden geoordeeld over eventuele onderzoeksmaatregelen en opsporingshandelingen tijdens de detentie. Deze maken wel deel uit van het opsporingsonderzoek waarvoor de officier van justitie verantwoordelijk is. Men denke bijvoorbeeld aan de maatregelen in het belang van het onderzoek (art. 76 jo. 62, 62a jo. 61a Sv). Die maatregelen moeten dan wel door de (hulp)officier zijn bevolen, en dus niet door de rechter-commissaris (zie art. 62a, leden 1 en 2).

274 Vgl. Van de Griend, *a.w.*, p. 96 e.v.

Bovendien moet daartegen geen bezwaarschrift kunnen worden ingediend (zie art. 62a lid 4 Sv).²⁷⁵

Voor de vrijheidsbeneming op politiebureaus geldt eveneens dat de verantwoordelijkheid van de officier van justitie als leider van het opsporingsonderzoek als criterium moet worden aangehouden. Over de behandeling op het bureau (inclusief het mogelijk onrechtmatige verblijf aldaar) kan alleen geklaagd worden voorzover de officier daarvoor verantwoordelijk is.

4.4.4 Kring van klachtgerechtigden

De voorgestelde restvoorziening is niet alleen bedoeld voor verdachten. Gedacht kan bijvoorbeeld ook worden aan de eigenaar van een woning of bedrijfspand die – zonder zelf de verdachte te zijn – zich wil verzetten tegen een aangekondigde doorzoeking. Tot klacht gerechtigd is een ieder die door de opsporingshandeling (of het achterwege laten daarvan) in een specifiek en concreet belang wordt getroffen. Uit de beperking van de procedure tot directe rechtsbescherming vloeit zoals wij al zagen voort dat dit specifieke belang een direct belang moet zijn. Men is alleen belanghebbende zolang het (dreigend) overheidsoptreden voortduurt. In de beperking tot directe rechtsbescherming ligt ook het Schutznorm-vereiste besloten. De procedure bedoelt de burger bescherming te bieden tegen een aantasting van zijn rechten. De verdachte kan in het gegeven voorbeeld dus geen klacht indienen tegen de voorgenomen doorzoeking. Op zijn huis- of eigendomsrecht maakt die doorzoeking geen inbreuk.

Tot de belanghebbenden kan ook het slachtoffer behoren. Men denke bijvoorbeeld aan het slachtoffer dat meent dat ten onrechte bepaalde opsporingshandelingen (zoals DNA-onderzoek) achterwege worden gelaten. Dergelijk nalaten kan jegens het slachtoffer onrechtmatig zijn.²⁷⁶ Men denke ook aan het slachtoffer dat – zonder benadeelde partij of klager ex 12 Sv te zijn – inzage in het strafdossier wordt geweigerd. Opgemerkt zij daarbij dat veel zal afhangen van de vraag hoe de rechtsbescherming van het slachtoffer in de toekomst vorm zal krijgen. Naar geldend recht heeft het slachtoffer als hem in de hoedanigheid van benadeelde partij inzage in de stukken wordt geweigerd, het recht daartegen een bezwaarschrift in te dienen (art. 51d lid 3 Sv). Zou deze regeling, zoals in het Derde interimrapport wordt voorgesteld²⁷⁷, worden uitgebreid tot alle gevallen waarin inzage in het dossier wordt geweigerd, dan moet de weg van het bezwaarschrift worden benut, en niet die van de restvoorziening. Soortgelijke opmerkingen kunnen worden gemaakt met betrekking tot het recht om onderzoekshandelingen uit te lokken. Aangezien echter deze kwestie geen betrekking heeft op het vereiste van een concreet en specifiek belang, zal zij hier niet verder worden uitgediept. Zie daarover hierna (onder 4.4.6, Verhouding tot andere strafvorderlijke procedures).

275 Vóór de inwerkingtreding van de Wet van 1 november 2001, *Stb.* 2001, 532, kon op basis van art. 225 van de Invoeringswet steeds een bezwaarschrift worden ingediend tegen maatregelen in het belang van het onderzoek. Zo met betrekking tot het 'lichten' van de verdachte HR 23 november 1990, *NJ* 1990, 184. tegenwoordig hangt de vraag of een bezwaarschrift kan worden ingediend af van de vraag of de maatregel onder art. 62 lid 2 sub a Sv kan worden gerubriceerd. Zie daarover Van de Griend, *a.w.*, p. 179 e.v.

276 Vgl. de zaak Marianne Vaatstra, besproken door Van de Griend, *a.w.*, p. 246 e.v.

277 *Derde Interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 8, 'Het slachtoffer in het vooronderzoek' (Groenhuijsen & Kwakman), p. 926.

Niet uit te sluiten valt dat er zich gevallen zullen voordoen, waarin getuigen of deskundigen als belanghebbenden hebben te gelden. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een informant bezwaar maakt tegen het (voorgenomen) gebruik van vertrouwelijk verstrekte informatie. Gedacht kan ook worden aan kwesties rond de plaatsing in een getuigenbeschermingsprogramma. Ook hier geldt overigens weer dat de vraag of zich een geval voordoet waarin de getuige op de restvoorziening is aangewezen, afhankelijk is van de wijze waarop zijn rechtspositie vorm krijgt. Zo is, naar onder 4.2 al even werd gememoreerd, in het Eerste interimrapport voorgesteld om de regeling van het verschoningsrecht uit te breiden. Voor klachten over de plicht om te getuigen kan de betrokkene dan bij de zittingsrechter terecht.²⁷⁸

Opsporingsambtenaren kunnen geen gebruik maken van de restvoorziening om te klagen over een in hun ogen onrechtmatig verloop van het opsporingsonderzoek. Dat volgt reeds uit het Schutznorm-vereiste: de gang van zaken is niet jegens hen onrechtmatig. Het wordt echter niet anders als geklaagd wordt over een dienststopdracht die de eigen rechtspositie raakt. De klacht stuit dan af op het feit dat de restvoorziening een rechtsmiddel bedoelt te bieden aan burgers tegen overheidsoptreden. De persoonlijke belangen die opsporingsambtenaren hebben bij de inrichting en het verloop van het opsporingsonderzoek, worden derhalve door de procedure niet beschermd. Een moeilijke vraag is of hetzelfde heeft te gelden voor burgers die op vrijwillige basis bij de strafvordering worden ingeschakeld (zoals de burgerinfiltrant). In haar algemeenheid zouden wij die vraag ontkennend willen beantwoorden.²⁷⁹ Hoewel de burger tot op zekere hoogte als de verlengde arm van de overheid kan worden beschouwd, moet toch zwaarder wegen dat hij formeel geen opsporingsambtenaar is. Daarbij speelt mee dat een grens hier moeilijk is te trekken. Menig getuige werkt vrijwillig mee, en de deskundige is ook een burger die op vrijwillige basis wordt ingeschakeld.²⁸⁰

4.4.5 Procedure

Bevoegde rechter

De vraag welke rechter bevoegd is over de klacht te oordelen, laat zich opdelen in twee sub-vragen: die naar de absolute en die naar de relatieve competentie. Wat de absolute competentie betreft komen, althans op het eerste gezicht, twee instanties in aanmerking: de rechter-commissaris en de (raadkamer van de) rechtbank. In deelrapport 5 (Bijzondere procedures) van de hand van Harteveld is de bevoegdheidsverdeling tussen de rechter-commissaris en de rechtbank in het vooronderzoek gezien. Daarbij is uitgegaan van het eveneens in dat deelrapport gedane voorstel om het onderscheid tussen de raadkameren de rechtbank op te heffen. De bestaande raadkamerprocedures worden daarmee procedures die door de rechtbank worden behandeld op basis van regels die deels overeenstemmen, deels ook afwijken van de bepalingen met betrekking tot het onderzoek ter zitting. Procedures met een contradictoir karakter komen voor de rechtbank en zijn in beginsel openbaar.²⁸¹

278 *Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 7, 'De getuige in het strafprocesrecht; voorstellen voor een nieuwe regeling' (Den Hartog), p. 298-303.

279 In uitzonderingsgevallen moet wellicht anders worden geoordeeld. Te denken valt aan de 'persoon in de openbare dienst van een vreemde staat' (zie onder meer art. 126o lid 6 Sv).

280 De deskundige in overheidsdienst vormt mogelijk weer een geval apart.

281 Zie paragraaf 6.4 van deelrapport 5 (Harteveld).

Gelet daarop moet de restvoorziening bij de rechtbank gesitueerd worden, en niet bij de rechter-commissaris. Daarbij geldt dat de klacht in de regel door een enkelvoudige kamer van de rechtbank kan worden behandeld.

Bij de beantwoording van de vraag naar de relatieve competentie is uitgegaan van de gedachte dat de klacht zoveel mogelijk daar moet worden behandeld waar zij thuis hoort, dat wil zeggen in het arrondissement waarin het parket is gevestigd waartoe de verantwoordelijke officier van justitie behoort. Op die wijze vindt de klager de officier tegenover zich op wiens weg het ligt een einde te maken aan het onrechtmatig handelen of nalaten. Dat kan problemen opleveren in gevallen waarin het aangevochten optreden buiten het eigen arrondissement van de officier van justitie plaats heeft.²⁸² Voor de rechtszoekende zal dan niet altijd duidelijk zijn welke officier verantwoordelijk moet worden gehouden. Overwogen kan worden de rechtbank waar de handeling plaats heeft, dreigt plaats te hebben of behoort plaats te hebben, tegelijk bevoegd te maken.²⁸³ Dat betekent dat de rechtszoekende in voorkomende gevallen kan kiezen. Doorgaans echter zal er geen keuze zijn, omdat het normale geval is dat de onderzoekshandeling plaats heeft in het arrondissement van de verantwoordelijke officier van justitie.

Behandeling/drempels

Voor de behandeling van de zaak door de rechtbank geldt wat in deelrapport 5 in het algemeen met betrekking tot bijzondere procedures is gesteld. Het uitgangspunt van de wettelijke regeling wordt gevormd door de basisregels die in beginsel op alle behandelingen door de rechtbank (waaronder de berechting van strafbare feiten) van toepassing zijn.²⁸⁴ Dat betekent bijvoorbeeld dat de behandeling in het openbaar geschiedt, tenzij er redenen zijn om de deuren te sluiten. Het betekent ook dat de normale procedureregels met betrekking tot de interne openbaarheid (overlegging van stukken, inzage in dossier) gelden. In het vooronderzoek zijn uitzonderingen op die interne openbaarheid mogelijk in het belang van het onderzoek.

De aansluiting bij de normale strafvorderlijke procedureregels brengt mee, dat geen griffierechten verschuldigd zijn. Ook de inschakeling van een advocaat is niet verplicht. De klager kan tenslotte niet, als hij in het ongelijk wordt gesteld, in de kosten van de tegenpartij worden veroordeeld. In vergelijking met het kort geding is dat voor de klager een voordeel. Het gevaar daarbij is uiteraard dat het wegvallen van financiële drempels en risico's tot een ondoordacht gebruik van de restvoorziening leidt en tot een toegenomen belasting van de toch al schaarse

282 De opsporingsbevoegdheid van de officier van justitie kent in feite geen territoriale beperkingen meer. Zie G. J. M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 4^e druk, Kluwer: Deventer 2002, p. 176.

283 In vergelijkbare regelingen laat het wetboek de relatieve bevoegdheid thans veelal afhangen van de vraag of de vervolging is aangevangen of niet. Zie bijvoorbeeld art. 36a Sv (mini-instructie) en art. 552a Sv (beklag over inbeslagneming). Vóór de aanvang van de vervolging is de plaats van handeling bepalend, na de aanvang de plaats van vervolging (dus de plaats van de verantwoordelijke officier). In de voorstellen van Strafvordering 2001 is voor het huidige vervolgingsbegrip geen plaats meer weggelegd als bouwsteen voor de regeling van de rechtsbescherming. Zie het *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 4, 'Vervolging en rechtsbescherming' (Simmelink & Baaijens-van Geloven), p. 457 e.v. in die voorstellen wordt de officier verantwoordelijk voor het gehele vooronderzoek. De hier voorgestelde bevoegdheidsregeling sluit daarbij aan.

284 Zie deelrapport 5, 'Bijzondere procedures' (Harteveld), paragraaf 5.3.

capaciteit van de rechterlijke macht. Daarin kan een reden gevonden worden om van de basisregels af te wijken en een drempel in te bouwen. Daarbij kan gedacht worden aan de betaling van griffierechten, waarbij het bedrag wordt terug betaald als de klager gelijk krijgt. Vooralsnog echter lijkt voor het treffen van een dergelijke afwijkende voorziening onvoldoende reden aanwezig. In dit verband kan erop worden gewezen dat de ervaringen met de mini-instructie tot nu toe gunstig zijn. Anders dan wel werd gevreesd, heeft het openen van deze nieuwe mogelijkheid niet tot een overmatig gebruik ervan geleid. Zogezien mag op een verstandig gebruik worden vertrouwd, en is voor een afwijkende voorziening pas reden als de praktijk dat vertrouwen loenstraft. Het is daarbij wel zaak om het beslag dat de restvoorziening op de capaciteit van de rechterlijke macht legt, beperkt te houden. Het voorstel om de klager geen rechtsmiddel te gunnen tegen een voor hem ongunstige beslissing (zie hierna), moet in dat licht worden bezien. Deze keuze vormt op haar beurt een argument om voorshands van drempels af te zien.

Wel/geen opschortende werking

Wij stellen niet voor aan de klacht van rechtswege opschortende werking toe te kennen in die zin, dat de opsporingshandeling waarover wordt geklaagd, moet worden gestaakt of uitgesteld totdat op de klacht is beslist. Dat namelijk zou de opsporing in spoedeisende gevallen ernstig kunnen frustreren. Iets anders is dat de beginselen van een behoorlijke procesorde kunnen meebrengen dat wordt gewacht tot op het beklag is beslist. Die beginselen zouden nog kracht bijgezet kunnen worden door aan de over het beklag oordelende rechter de bevoegdheid toe te kennen een ordemaatregel van die strekking uit te vaardigen.

Zoals aanstonds zal worden uiteengezet, komt aan de officier van justitie een rechtsmiddel toe in het geval het beklag door de rechter gegrond is bevonden. Aan dat rechtsmiddel komt geen opschortende werking toe: de beslissing van de rechter moet door de officier van justitie bij voorraad ten uitvoer worden gelegd. De gedachte is dat als de rechter ten gunste van de klager heeft beslist, de balans ten voordele van hem moet doorslaan. Vanaf het moment waarop de rechter heeft beslist mag zijn belang zwaarder wegen dan het opsporingsbelang. Vanaf dat moment sorteert de klacht dus effect, hoewel daarop nog niet onherroepelijk is beslist.

Rechtsmiddelen

De beslissing van de rechter in de beklagprocedure (bijvoorbeeld een verbod om tot doorzoeking van een bepaalde woning over te gaan) kan verstrekkende consequenties hebben voor de strafzaak. Het opsporingsonderzoek kan daarop stuk lopen. Bovendien kan de beslissing vanwege mogelijke precedentwerking consequenties hebben voor toekomstige strafzaken. Daarom dient de officier van justitie in beroep te kunnen gaan van een gegrond bevinding van het gedane beklag.²⁸⁵ Op dat beroep, dat zich richt tegen een beslissing van de rechtbank, zal door het gerechtshof moeten worden beslist. Het beroep heeft, zoals hiervoor is uiteengezet, geen opschortende werking.

285 Bij een beslissing van de kort geding-rechter hoeft de Staat zich ook niet neer te leggen. In theorie gaat het daarbij zoals wij zagen om een voorlopig oordeel, dat in de bodemprocedure ter discussie staat.

Zoals in deelrapport 5 (Bijzondere procedures) door Harteveld is uiteengezet, brengt het feit dat het openbaar ministerie een rechtsmiddel heeft als de beslissing is zijn nadeel uitvalt, niet automatisch mee dat ook de in het ongelijk gestelde klager een recht van beroep moet worden toegekend. Het belang van de klager bij een rechtsmiddel moet op zijn eigen merites beoordeeld worden.²⁸⁶ Naar het oordeel van de onderzoeksgroep is dat belang van een andere orde dan het belang van het openbaar ministerie ingeval de klacht gegrond wordt verklaard. Van een vergelijkbaar belang is dus geen sprake. Daarbij zij erop gewezen dat, aangezien het beklag zelf geen opschortende werking heeft, en dit na een afwijzende beslissing op dat beklag uiteraard niet anders is, het directe belang ten tijde van de behandeling van het beroep doorgaans niet meer zal bestaan. De doorzoeking uit het gegeven voorbeeld zal inmiddels hebben plaats gehad.²⁸⁷ De klager kan zijn gelijk daarbij alsnog proberen te behalen via een schadevergoeding sactie uit onrechtmatige daad bij de civiele rechter. Voor de klager die tevens verdachte is, geldt bovendien dat – als het onderzoek leidt tot een behandeling ter zitting – hij ter zitting opnieuw een beroep kan doen op de beweerdelijke onrechtmatigheid.

De positie van de klager na ongegrond verklaring van het beklag is dus niet wezenlijk anders als de positie van de eiser die in kort geding in het ongelijk wordt gesteld. De Staat (het openbaar ministerie) zou er echter in vergelijking met het kort geding wél op achteruit gaan als geen rechtsmiddel zou open staan tegen de beslissing waarbij hij in het ongelijk wordt gesteld. Er zou dan geen enkele mogelijkheid zijn om op die beslissing terug te komen.

4.4.6 Verhouding tot andere voorzieningen

Verhouding tot andere bijzondere procedures van strafvorderlijke aard

In het voorgaande is de voorgestelde beklagprocedure nader omljnd. Op grond daarvan kan de verhouding van die procedure tot andere bijzondere procedures in de strafvordering worden bepaald. Het is daarbij mogelijk op basis van het voorafgaande drie algemene uitgangspunten te formuleren die steeds bij het bepalen van die verhouding voor ogen moeten worden gehouden. Het eerste uitgangspunt vloeit direct voort uit het karakter van de voorgestelde procedure als restvoorziening. Dat uitgangspunt is dat niet met het beroep op het bestaan van de restvoorziening mag worden afgezien van het scheppen van specifieke beklagprocedures in gevallen waarin daaraan structureel behoefte is. Het streven moet er bij wijze van spreken op zijn gericht de restvoorziening overbodig te maken. Dat betekent ook dat bestaande voorzieningen bij voorkeur niet restrictief mogen worden uitgelegd met het argument dat men altijd via de restvoorziening aan zijn trekken kan komen. Daarbij moet overigens meteen erkend worden dat het vasthouden aan dit gezichtspunt niet tot een star dogmatisme mag worden. Het zou naïef zijn te menen dat het scheppen van een voorziening die deel uitmaakt van het strafvorderlijke systeem, de inrichting van dat systeem in het geheel niet zou beïnvloeden. Het enkele naast elkaar bestaan van verschillende voorzieningen binnen één stelsel roept als vanzelf de vraag naar de onderlinge afgrenzing op. Het belang van

286 Zie deelrapport 5, 'Bijzondere procedures' (Harteveld), paragraaf 7.

287 In gevallen waarin over het *niet* instellen van een bepaalde handeling wordt geklaagd, zal het directe belang mogelijk nog aanwezig kunnen zijn.

duidelijkheid voor de rechtzoekende kan meebrengen dat naar een preciezere omlijning van een specifieke voorziening wordt gezocht dan zonder het bestaan van de restvoorziening het geval zou zijn. Mede daarom kan niet al te star worden vastgehouden aan de gedachte dat de restvoorziening alleen is bedoeld voor de onvoorziene gevallen. In gevallen waarin in theorie een hiaat in de rechtsbescherming kan worden geconstateerd, maar te verwachten valt dat in de praktijk aan een beklagmogelijkheid slechts incidenteel behoefte bestaat, kan de aanwezigheid van een restvoorziening wel degelijk een argument vormen om de situatie te laten zoals zij is. Van een structureel tekort in de rechtsbescherming hoeft dan geen sprake te zijn. Overeind blijft echter staan dat met dat argument terughoudendheid moet worden betracht.

Het tweede uitgangspunt hangt eveneens samen met het karakter van de voorgestelde procedure als restvoorziening. Dat uitgangspunt is dat specifieke voorzieningen vóór de restvoorziening gaan. De restvoorziening staat dus niet open als de wet in een meer specifieke procedure voorziet. Zo kan men de voorgestelde beklagprocedure niet gebruiken om te klagen over het ten onrechte niet teruggeven van inbeslaggenomen voorwerpen. Art. 552a Sv bevat daarvoor immers een eigen rechtsgang. De voorrangspositie van de specifieke procedure brengt ook mee dat de beperkingen die aan die procedure zijn gesteld, niet via de restvoorziening mogen worden omzeild. Zo kan het termijnvereiste van art. 552a lid 3 Sv niet worden ontgaan door het over de boeg van de restvoorziening te gooien. Overigens zal niet te snel mogen worden aangenomen dat sprake is van een beperking die ook de restvoorziening blokkeert. Leidraad dient daarbij de jurisprudentie van de civiele rechter te zijn. In al die gevallen waarin de vordering thans ontvankelijk is omdat geen met voldoende waarborgen omklede rechtsgang voorhanden is, dient in ons voorstel beklag via de restvoorziening mogelijk te zijn. Zo kan ex art. 552a Sv niet geklaagd worden over de voorgenomen vernietiging of vervreemding van inbeslaggenomen voorwerpen. Dat is geen beperking die niet via de restvoorziening mag worden omzeild, maar een geval waarvoor geen specifieke voorziening bestaat en waarin de voorgestelde beklagprocedure dus uitkomst kan bieden.

Het derde uitgangspunt is dat over tekortkomingen in een specifieke procedure niet via de restvoorziening kan worden geklaagd. Te denken valt in het bijzonder aan een te trage afhandeling. Dit uitgangspunt vloeit direct voort uit het vertrekpunt dat de restvoorziening alleen is bedoeld voor klachten over onregelmatigheden waarvoor de officier van justitie verantwoordelijk is. Voor een te trage afhandeling van bijvoorbeeld een beklag ex 552a Sv is die officier immers niet verantwoordelijk.

Het is hier niet de plaats om van alle bijzondere procedures te bepalen hoe zij zich verhouden tot de voorgestelde restvoorziening. Met behulp van de genoemde drie uitgangspunten zal die verhouding in de meeste gevallen zonder al te veel moeite kunnen worden vastgesteld. Een tweetal procedures echter verdient bijzondere aandacht, namelijk het beklag ex art. 12 Sv en de mini-instructie (art. 36a Sv). Dit mede omdat deze procedures een rol spelen in de discussie over de vraag welke procedurele vertaling de rechten van het slachtoffer dienen te krijgen. In het Derde interimrapport wordt in het midden gelaten of die vertaling gestalte dient te krijgen door middel van aanpassing en uitbreiding van de genoemde twee specifieke procedures, dan wel door middel van – wat toen nog werd genoemd – een

strafrechtelijk kort geding.²⁸⁸ In het navolgende zal eerst de verhouding van de voorgestelde restvoorziening tot de mogelijkheden van art. 12 Sv en art. 36a Sv naar geldend recht worden behandeld. Daarna zal een enkele opmerking worden gemaakt over de procedurele inbedding van slachtofferrechten naar toekomstig recht. Met de mini-instructie zal worden begonnen.

Afbakeningsproblemen kunnen zich met betrekking tot de mini-instructie alleen maar voordoen als de klager tevens verdachte is. Naar geldend recht is het immers alleen de verdachte die gebruik kan maken van de mogelijkheid die art. 36a Sv biedt. De vraag is dus welke procedure voorrang heeft als de verdachte wil klagen over het achterwege blijven van bepaalde opsporingshandelingen. De mini-instructie biedt de verdachte op dat punt meer mogelijkheden dan de restvoorziening. Het gaat bij de mini-instructie immers niet primair om een voorziening tegen onrechtmatig justitieoptreden. Het gaat doorgaans om een aanvulling op overigens rechtmatig onderzoek. Het kan natuurlijk zijn dat het achterwege laten van bepaald onderzoek onrechtmatig is jegens de verdachte, maar een voorwaarde voor het honoreren van het verzoek om een mini-instructie is die onrechtmatigheid niet. Art. 36a Sv biedt de verdachte op dit punt dus een afdoende en met waarborgen omklede rechtsgang. De conclusie moet daarom zijn dat de restvoorziening voor de verdachte niet openstaat als hij een verzoek ex 36a Sv kan doen. In voorkomende gevallen zal dit soepel kunnen worden opgelost doordat de rechtbank een klacht verstaat als een tot de R.C. gericht verzoek.

Aandacht verdient nog dat de mini-instructie in onze voorstellen pas open staat vanaf het moment waarop de verdachte voor de eerste keer is gehoord²⁸⁹. De vraag is of deze begrenzing een beperking oplevert die niet door middel van de restvoorziening mag worden omzeild. Een bevestigende beantwoording van die vraag zou een merkwaardig verschil doen ontstaan met klagers die niet tevens verdachte zijn. Aan die klagers kan immers bezwaarlijk worden tegengeworpen dat de verdachte nog niet is verhoord. Zij mogen vanaf de eerste fase van het opsporingsonderzoek klagen. Het meest verkieslijke standpunt lijkt daarom te moeten zijn, dat het gebruik maken van de beklagprocedure door de verdachte in de fase voorafgaand aan het eerste verhoor geen omzeiling van de beperkingen van de mini-instructie oplevert. De rechtvaardiging moet daarbij gevonden worden in het andere karakter van het beklag. Dat beklag vindt, anders dan een verzoek om een mini-instructie, zijn grond in de onrechtmatigheid van het achterwege laten van bepaald opsporingsonderzoek. In al die gevallen waarin van onrechtmatigheid geen sprake is, wordt de beperking die aan de mini-instructie is gesteld, volledig gerespecteerd.

Art. 12 Sv biedt de 'belanghebbende' (waaronder in het bijzonder het slachtoffer wordt begrepen) de mogelijkheid om te klagen over het niet of niet verder vervolgen van een strafbaar feit. In het midden kan daarbij blijven of het niet instellen van een vervolging jegens het slachtoffer een onrechtmatige daad oplevert. De wet erkent het belang van het slachtoffer bij vervolging en geeft dat slachtoffer op basis daarvan de mogelijkheid de sepotbeslissing door het gerechtshof

288 *Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 8, 'Het slachtoffer in het vooronderzoek' (Groenhuijsen & Kwakman), onder meer p. 929 e.v. en p. 947.

289 *Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 4, 'Vervolging en rechtsbescherming' (Simmelink & Baaijens-van Geloven), p. 427.

te laten toetsen. Die toetsing beperkt zich daarbij niet tot de vraag of het niet (verder) vervolgen onrechtmatig is. Het gerechtshof mag, rekening houdend met het door het openbaar ministerie gevoerde beleid, de sepotbeslissing in volle omvang toetsen. De art. 12 Sv-procedure biedt het slachtoffer bij klachten omtrent niet vervolgen dus ruimere mogelijkheden dan de restvoorziening zou doen. Die procedure, die zorgvuldig is vormgegeven, moet daarom beschouwd worden als een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang die de weg naar de restvoorziening afsluit.

Opmerking verdient dat de weg van art. 12 Sv naar geldend recht ook kan worden benut in gevallen waarin van een uitdrukkelijke beslissing van het openbaar ministerie geen sprake is. Van een situatie van niet (verder) vervolgen kan ook sprake zijn als het openbaar ministerie, hoewel van de strafzaak op de hoogte, eenvoudig nalaat daarin enige actie te ondernemen.²⁹⁰ Dat betekent dat ook het achterwege laten van een (behoorlijk) opsporingsonderzoek tot een beklag ex art. 12 Sv kan leiden. Dat wordt onderstreept door het feit dat het hof aanvullend onderzoek naar de zaak kan gelasten. Naar geldend recht gebeurt dat door de officier de last te geven een gerechtelijk vooronderzoek te vorderen (art. 12i lid 4 Sv).²⁹¹ Niet in alle gevallen waarin het slachtoffer onvrede heeft met het verloop van het opsporingsonderzoek is sprake van een situatie van niet (verder) vervolgen. Daarbij moet in het bijzonder gedacht worden aan klachten over de wijze waarop wordt opgespoord. Het slachtoffer meent bijvoorbeeld dat grootschalig DNA-onderzoek ten onrechte achterwege wordt gelaten. Voor dergelijke klachten zou de restvoorziening uitkomst moeten bieden. Een moeilijkheid daarbij is dat er ook gevallen zijn waarin niet zo duidelijk is hoe de klacht over het achterwege laten van een (behoorlijk) opsporingsonderzoek moet worden gerubriceerd: als een klacht over de wijze van opsporing, of als een klacht over het achterwege laten van opsporing en vervolging? Men denke in dit verband ook aan het geval waarin het recherche-team wordt ontbonden omdat het opsporingsonderzoek is vastgelopen. Levert het afzien van verdere opsporing hier een situatie van niet vervolgen op? Er dreigt hier dus een afbakeningsprobleem te ontstaan tussen de art. 12 Sv-procedure en de restvoorziening.

Dit afbakeningsprobleem kan bezwaarlijk worden opgelost door aan de art. 12 Sv-procedure een beperktere reikwijdte toe te kennen. Dat zou niet stroken met het hierboven voorop gezette eerste uitgangspunt. Het slachtoffer zou er bovendien op achteruit gaan, aangezien de art. 12 Sv-procedure hem meer mogelijkheden biedt dan de strikt tot de rechtmatigheidstoets beperkte restvoorziening. De vraag is uiteraard hoe zwaar aan het afbakeningsprobleem moet worden getild. Het aantal gevallen waarin zich het probleem voordoet, zal in de praktijk mogelijk klein blijken te zijn. Voor zover echter op dit punt behoefte bestaat aan meer duidelijkheid, levert het afbakeningsprobleem een argument op om de art. 12 Sv-procedure, in plaats van te beperken, juist uit te breiden tot alle klachten van het slachtoffer met betrekking tot de effectiviteit van de opsporing. Die optie is in het Derde interimrapport onder de aandacht gebracht.²⁹² Daarbij werd erop

290 Zie A.L. Melai, *Het Wetboek van Strafvordering*, (losbl.), aant. 7 op art. 12 Sv.

291 Als in de zaak al een (inmiddels gesloten) gerechtelijk vooronderzoek is ingesteld, kan nader onderzoek ook gegoten worden in de vorm van een vordering ex art. 241 lid 1 Sv.

292 *Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 8, 'Het slachtoffer in het vooronderzoek' (Groenhuijsen & Kwakman), p. 929 e.v.

gewezen dat die uitbreiding in de lijn ligt van de gedane voorstellen met betrekking tot het vervolgingsbegrip. Die uitbreiding past ook bij de voorgestelde afschaffing van het gerechtelijk vooronderzoek. Die afschaffing brengt mee dat de last ex art. 12i lid 4 Sv tot het vorderen van een gerechtelijk vooronderzoek, moet plaats maken voor een opdracht aan het openbaar ministerie tot het verrichten van opsporingsonderzoek.

In het Derde interimrapport worden als gezegd met betrekking tot het recht om bepaalde onderzoekshandelingen uit te lokken nog twee andere opties genoemd. Het 'strafrechtelijk kort geding' lijkt bij nader inzien minder geschikt. Hier geldt wat zo-even reeds werd opgemerkt: deze optie verdraagt zich niet goed met het eerste uitgangspunt en leidt tot een afbakeningsprobleem met art. 12 Sv. De optie om de weg van de mini-instructie ook open te stellen voor het slachtoffer, heeft als nadeel dat het afbakeningsprobleem daardoor niet wordt opgelost, maar alleen verlegd. De kans bestaat zelfs dat er drie met elkaar concurrerende procedures op het terrein van de opsporing ontstaan: art. 12 Sv, de mini-instructie en de restvoorziening. De vraag is daarnaast of deze optie wel bij het karakter van de mini-instructie past. Art. 36a Sv is bedoeld als tegenwicht tegen de dominante positie van het openbaar ministerie op het terrein van het vooronderzoek. Het door de rechter-commissaris te verrichten onderzoek, dat is gericht op mogelijk ontlastend bewijsmateriaal, vormt een aanvulling en correctie op het mogelijk eenzijdige opsporingsonderzoek. Een mini-instructie op verzoek van het slachtoffer heeft een andere functie. De rechter-commissaris dreigt daarbij in de rol van 'super-rechercheur' te worden gedrukt. Als het gaat om een enkele onderzoekshandeling zal dat nog wel meevallen, maar de rechter-commissaris lijkt toch niet de meest aangewezen figuur om een vastgelopen opsporingsonderzoek vlot te trekken.

De conclusie lijkt te moeten zijn dat de duidelijkheid voor het rechtzoekende slachtoffer ermee is gediend als de mini-instructie gereserveerd blijft voor de verdachte, en de art. 12 Sv-procedure wordt uitgebouwd tot de structurele voorziening voor het slachtoffer als het gaat om zijn belang bij daadwerkelijke (effectieve) opsporing en vervolging. Alle klachten die op dat belang betrekking hebben, vinden daarmee in deze procedure een plaats. Voor andere klachten die het slachtoffer mocht hebben met betrekking tot de opsporing, blijft de restvoorziening als vangnet op de achtergrond beschikbaar. Het gaat daarbij om klachten die hun basis vinden in andere belangen of rechten van het slachtoffer. Bij wijze van voorbeeld kan gedacht worden aan de klacht dat een bepaalde opsporingshandeling een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op de privacy van het slachtoffer.

Verhouding tot onderzoek ter zitting

Zoals reeds herhaalde malen is benadrukt, is de restvoorziening alleen bedoeld voor klachten over overheidsoptreden waarvoor het openbaar ministerie verantwoordelijk is. Daaruit volgt dat over handelingen en beslissingen van de zittingsrechter niet kan worden geklaagd. Met deze uit de aard der zaak voortvloeiende beperking kan echter niet worden volstaan. Dit kan aan de hand van een eenvoudig voorbeeld worden verduidelijkt. Stel de politie verricht, nadat het onderzoek ter zitting is aangevangen, nog onderzoek zonder daarbij de verdediging te betrekken. Het openbaar ministerie is daar uiteraard voor verantwoordelijk. Ingeval van een eventueel beklag van de verdachte zou de beslissing van de strafvorderlijke rechter gemakkelijker kunnen interfereren met de verantwoordelijkheid van de

zittingsrechter voor het eindonderzoek. Voorges teld wordt daarom het beklag geheel uit te sluiten als de zaak onder de rechter is. De klacht dient dus niet-ontvankelijk te worden verklaard als de zaak (in eerste aanleg of in hoger beroep) aanhangig is.²⁹³ De verdachte zal zich dus met eventuele klachten over (voortgezette) opsporing tot de zittingsrechter moeten wenden. In het algemeen geldt dat de regeling van het onderzoek ter zitting daarvoor voldoende mogelijkheden biedt. Voor andere belanghebbenden zal dat niet, althans niet steeds²⁹⁴, het geval zijn. Zij zullen zich in (de zelden) voorkomende gevallen tot de civiele rechter (kort geding) moeten wenden.

Verhouding tot het kort geding

De conclusie kan zijn dat vastgehouden kan worden aan het uitgangspunt dat de beschikbaarheid van de strafvorderlijke restvoorziening de weg naar de civiele rechter afsluit. Doordat de gevallen waarvoor die restvoorziening is bestemd, op een heldere wijze kunnen worden afgebakend, bestaat er onvoldoende behoefte aan de mogelijkheid de keuze maar aan de rechtzoekende burger te laten. Problemen doen zich voor in gevallen waarin het overheidsoptreden een gemengd karakter heeft (zie hiervoor, onder Het voorwerp van beklag). Problemen kunnen zich ook voordoen in gevallen waarin voor de burger in redelijkheid niet op voorhand duidelijk had moeten zijn in welk kader het overheidsoptreden plaats heeft. Als voorbeeld kan dienen het geval waarin de burger ontdekt dat zijn telefoon wordt afgetapt, maar geen idee heeft of dat het werk is van de politie, de AIVD of nog een derde (daartoe in het geheel niet bevoegde) instantie. Deze betrekkelijk zeldzame grensgevallen rechtvaardigen niet het algeheel loslaten van de normale verhouding tussen het kort geding en andere, specifieke procedures. Een redelijke toepassing van de uitsluitingsregel brengt mee dat de weg naar de kort geding-rechter (alleen) afgesneden is als het voor de klager op het moment van de klacht duidelijk had moeten zijn dat het gewraakte overheidsoptreden uitsluitend in de sfeer van de opsporing lag.

5 Samenvattend overzicht van de voorstellen uit het vierde projectjaar

5.1 Inleiding

In de eerste drie interimrapporten is steeds in het Algemeen deel een afzonderlijk overzicht opgenomen van de inhoud van de daarop volgende deelrapporten. Die werkwijze wordt ook thans voortgezet. Het doel daarvan is niet zozeer om een gedetailleerde synopsis aan te reiken van alle concrete voorstellen die door de onderzoeksgroep in het laatste projectjaar zijn ontwikkeld. In plaats daarvan beoogt het overzicht een soort leeswijzer te bieden voor het bijzonder deel van dit eindrapport. Wij volstaan met een relatief beknopte beschouwing. Dat is gerechtvaardigd in het licht van de omstandigheid dat in de hoofdstukken 2 en

293 Over voortgezette opsporing in de fase tussen de eerste aanleg en het hoger beroep kan dus wel worden geklaagd. Men denke aan het horen van getuigen buiten de verdediging om.

294 Er zij nogmaals aan herinnerd dat in onze voorstellen is voorzien in getuigenbescherming in de regeling van het onderzoek ter zitting zelf. Dat strookt met de hier voorgestelde beperking.

3 hierboven al uitvoerig is ingegaan op enkele van de algemene gedachten die ten grondslag liggen aan de aanbevelingen die in de deelrapporten zijn uitgewerkt. Daarnaast lijkt het minder opportuun om hier opnieuw de verschillende uitgangspunten te resumeren die het gehele onderzoeksproject richting en structuur hebben gegeven. Die zijn inmiddels al op diverse plaatsen in eerdere publicaties voldoende over het voetlicht gebracht.²⁹⁵ Wat nu resteert is een bondige aanduiding van de kern van datgene wat in de deelrapporten wordt betoogd, maar uiteraard wel in verband gebracht met aanpalende en daarmee samenhangende andere onderdelen van het project *Strafvordering 2001*.

5.2 Rondom de vervolgingsbeslissing

Het Openbaar Ministerie heeft een sleutelpositie binnen het geheel van de strafrechtelijke procedure. Dat is thans het geval; dat dient ook in de toekomst zo te blijven. Die sleutelrol heeft een aantal bijzondere kenmerken. Zo is het openbaar ministerie de enige overheidsinstantie die betrokken is bij alle fasen van het geding. Voor wat betreft het voorbereidend onderzoek hebben wij bepleit de positie van het openbaar ministerie consequent uit te werken en – dus – te versterken door de officier van justitie de algehele leiding over de opsporing te geven. Die leiding koppelt zeggenschap aan verantwoordelijkheid. Het openbaar ministerie treedt ‘magistraatlijk’ op: het is gericht op handhaving van het recht, hetgeen meebrengt dat er oog dient te zijn voor een objectieve afweging van alle in aanmerking komende (vervolgings- en verdedigings-)belangen, omgeven met waarborgen tegen politieke beïnvloeding van de besluitvorming. Het openbaar ministerie behoudt in beginsel zijn vervolgingsmonopolie.²⁹⁶ In de lichtere strafzaken, binnen dit project gesitueerd in het derde spoor, zou het openbaar ministerie de bevoegdheid krijgen om de zaak in beginsel zelfstandig af te doen.^{297/298}

In het hieronder opgenomen eerste deelrapport (‘Rondom de vervolgingsbeslissing’, door J.B.H.M. Simmelink) worden de beschouwingen omtrent dit thema op een aantal punten verdiept en afgerond. Daarin staan twee onderwerpen centraal. Ten eerste het opportunititeitsbeginsel; daarnaast de kwestie van de zogenoemde ‘onderhandelingen’ met het openbaar ministerie.

Er zijn diverse redenen om het bestaansrecht van het opportunititeitsbeginsel opnieuw ten gronde ter discussie te stellen. Dat is onder andere het geval omdat er in de afgelopen jaren vanuit de samenleving kritiek naar voren is gebracht op dit kenmerkende aspect van de strafrechtspleging. Een andere reden is gelegen

295 Zie naast de algemene beschouwingen in de drie interimrapporten vooral G. Knigge, ‘Een wetboek van elastiek’, *D&D* 2000, p. 222-232; en M.S. Groenhuijsen, ‘Het Wetboek van Strafvordering vóór 2001 en daarna’, *D&D* 2003, p. 678-694.

296 De belangrijkste consequentie van deze keuze is dat een rechtstreeks vervolgingsrecht voor het slachtoffer, zoals dat in het buitenland vaak wordt aanvaard en in de literatuur soms in overweging is gegeven, van de hand wordt gewezen.

297 Zie M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen: 1999, deelrapport 1, *Buitengerechtelijke afdoening* (A. Hartmann), p. 59 e.v.; idem, *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, deelrapport 1, *Buitengerechtelijke afdoening II* (A. Hartmann), p. 79 e.v., en het Algemeen deel, p. 26-36 (G. Knigge).

298 Daaraan is ook één relativering van het vervolgingsmonopolie van het openbaar ministerie verbonden: wij stellen namelijk voor dat ook aan andere instanties dan het openbaar ministerie de bevoegdheid kan worden verleend om een strafrechtelijke boete op te leggen.

in de omstandigheid dat het beginsel gaandeweg nieuwe, mogelijk problematische, dimensies heeft gekregen. Was het aanvankelijk vooral een correctiemechanisme om het *algemeen belang* te dienen, gaandeweg is de zelfstandige betekenis van het beginsel verruimd tot een instrument om de instroom van strafzaken in het rechterlijke circuit te kunnen bewaken met het oog op een structureel tekortschietende capaciteit. Dit vraagt minst genomen om een nieuwe doordenking en rechtvaardiging. Wij komen in het deelrapport tot de slotsom dat het opportuniteitsbeginsel ook met de ruimer ingevulde functie daarvan dient te worden gehandhaafd. De belangrijkste argumenten hiervoor kunnen vooral worden ontwikkeld vanuit een confrontatie met een denkbaar alternatieve oplossing als die van het legaliteitsbeginsel in het Duitse recht. Daaruit blijkt namelijk dat de keuze voor het uitgangspunt ten aanzien van de discretionaire ruimte bij het nemen van de vervolgingsbeslissing ingrijpende gevolgen heeft voor de verhouding tussen alle overheidsinstanties die bij het strafgeding zijn betrokken. Een vervolgingsplicht werpt bijvoorbeeld zijn schaduw vooruit in de richting van de taak van de politie. Daardoor wordt de relatie tussen politie en officier van justitie beïnvloed. Hetzelfde doet zich voor in de verhouding tussen de zittende en de staande magistratuur: in een systeem gebaseerd op het legaliteitsbeginsel kan eigenlijk alleen met toestemming van een onafhankelijke rechter van vervolging worden afgezien. Wij zien dit vooral als doorkruising van de in ons project als optimaal gedefinieerde verhoudingen. Een eerste reden hiervoor is dat het recht de sociale realiteit niet opzij vermag te zetten. Het leven is simpel gezegd sterker dan de leer. De optie voor het legaliteitsbeginsel leidt op zichzelf niet tot reductie van het aantal gepleegde feiten en is evenmin op zichzelf een waarborg voor toereikende capaciteit om alle delicten behoorlijk door een rechter te laten afdoen. De onvermijdelijke consequentie is dus dat er naar uitwegen moet worden gezocht om de scherpe kanten van een vervolgingsplicht af te halen: dat kunnen vereenvoudigde procedures zijn, maar het effect is in de praktijk niet te onderscheiden van de bij ons bekende opportuniteitssepots. Omdat in het gehele project *Strafvordering 2001* wordt gestreefd naar het ontmaskeren van etikettenzwendel, kunnen wij geen voorstander zijn van een noodzakelijkerwijs bijna fictief uitgangspunt als het processuele legaliteitsbeginsel. Daar komt bij dat zo'n uitgangspunt, anders dan in de door ons geprefereerde verhouding tussen politie, openbaar ministerie en zittende rechterlijke macht, een belemmering vormt voor het ontwikkelen van een expliciet, weloverwogen en – daardoor – toetsbaar opsporings- en vervolgingsbeleid. Dat is een niet gering bezwaar, want er zijn diverse redenen om door middel van dergelijk beleid te verzekeren dat het strafrecht op een gedoseerde wijze wordt ingezet binnen de heersende staatkundige en maatschappelijke verhoudingen.

Tegen deze achtergrond zijn de concrete argumenten uitgewerkt die pleiten voor handhaving van het opportuniteitsbeginsel. Dat zijn er vier. Ten eerste moet rekening worden gehouden met de sterk toegenomen complexiteit van de samenleving, die onder andere wordt weerspiegeld in het strafrechtelijk gesanctioneerde regelbestand. De regeldichtheid is dermate groot geworden, en de aard en inhoud van strafbepalingen loopt zo sterk uiteen, dat niet langer in enkelvoudige kwalificaties kan worden gesproken over de intrinsieke waarde daarvan of over het belang dat *'per se'* met handhaving is gemoeid. Afwegingen zijn derhalve op toepassingsniveau onvermijdelijk, waarbij onder ogen dient te worden gezien dat de strafsancie als sluitstuk van een element van ordeningsrecht niet steeds hoeft te betekenen

dat het opleggen van een punitieve sanctie de meest aangewezen interventie vormt. Daarbij komt – het tweede argument – dat de capaciteit van de strafrechtelijke keten per definitie beperkt is. Ongeacht de getalsmatige sterkte van de justitiële instanties en ongeacht de doelmatigheid van hun werkwijze, zal er binnen onze moderne rechtsstaat altijd een groter aanbod van gevallen kunnen worden gevonden dan er regulier binnen het strafrechtelijk systeem kunnen worden verwerkt. Die feitelijke stand van zaken dwingt tot keuzen. De vraag is dan of de noodzakelijke keuzen worden gemaakt op wetgevingsniveau of op het toepassingsniveau van de criminele politiek. Wij zijn van oordeel dat het laatste op principiële gronden de voorkeur verdient – en dat dit mede de grondslagen van het strafprocesrecht bepaalt.²⁹⁹ Het derde en het vierde argument voor behoud van het opportuniteitsbeginsel delen dezelfde dragende grond, te weten de beschikbaarheid van andere juridische of informele afdoeningswijzen dan het strafrechtelijke traject. Dit leidt er immers toe – onze derde overweging – dat rekening moet worden gehouden met het beperkte probleemoplossend vermogen van punitieve rechtshandhaving. Gelet op aanwezige alternatieven dient steeds te worden gekozen voor het middel c.q. de weg waarvan in maatschappelijk opzicht de meest gunstige resultaten mogen worden verwacht. Ook hier is een afweging op (gegeneraliseerd) gevalsniveau te prefereren boven een fixatie op de geschreven wettelijke strafbepaling. Het spiegelbeeld van het streven naar een maatschappelijk optimale oplossing is het minimaliseren van vermijdbare nadelen. Daaraan ontleen wij een vierde argument ten faveure van het opportuniteitsbeginsel. Het is tegenwoordig gemeengoed dat een strafrechtelijke interventie voor alle rechtstreeks betrokkenen en voor de samenleving als geheel per saldo meer nadelen kan opleveren dan voordelen. Binnen het onderhavige onderzoeksproject is dit inzicht verwerkt in een afzonderlijk benoemde functie van het strafprocesrecht, namelijk het voorkomen van onnodige schade voor één van de deelnemers aan het geding. Dit is vervolgens vertaald in een procesrechtelijke variant van de traditionele notie van het strafrecht dat alleen mag worden ingezet als een *ultimum remedium*.³⁰⁰

Alles bijeen genomen betekent dit voor het Openbaar Ministerie dat het tot taak heeft om de strafrechtelijke rechtshandhaving in te bedden in het gehele op rechtshandhaving gerichte overheidsbeleid en om in het kader van deze coördineren-

299 In de literatuur is herhaaldelijk betoogd dat capaciteitsvraagstukken geen rol mogen spelen in een grondslagendiscussie. Zie bijvoorbeeld C.H. Brants, P.A.M. Mevis, E. Prakken en J.M. Reijntjes, 'Op zoek naar grondslagen', in: idem, *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 25: 'Wij achten het heel goed denkbaar dat een gewenste uitwerking van bepaalde grondslagen moeilijk of zelfs onmogelijk blijkt in verband met capaciteitsproblemen. Dan staat de wetgever voor een politieke keuze. Maar in een grondslagendiscussie horen die capaciteitsproblemen niet thuis.' Wij achten deze visie op het verschil tussen recht en politiek weinig verhelderend en niet erg vruchtbaar. Beperkingen in de beschikbare justitiële capaciteit zijn in onze ogen geen *hic et nunc* te constateren empirische toevalligheden, maar zijn analytisch aanwijsbare structuurkenmerken van de sociale en institutionele omgeving waarin het juridische systeem moet functioneren. Dat betekent dat het op methodische gronden de voorkeur verdient om reeds bij het vaststellen van de grondslagen van het strafvorderlijk stelsel aanknopingspunten aan te reiken over de wijze waarop de onvermijdelijke schaarste het best – of: het minst bezwaarlijk – kan worden verdeeld.

300 Zie over deze basiskennmerken – en het daarvan deel uitmakende processuele 'schadebeginsel' – M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, deelrapport 8, 'Het slachtoffer in het vooronderzoek' (M.S. Groenhuijsen & N.J.M. Kwakman), met name p. 814 e.v.

de activiteiten prioriteiten te stellen bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten. In dit licht bezien is een van de aanvullende voordelen van acceptatie van het opportuniteitsbeginsel dat het de transparantie van de werking van het systeem vergroot. Het maakt tekorten in de rechtshandhaving en in de capaciteit van het systeem zichtbaar, en voorzover die tekorten onaanvaardbaar worden geacht biedt het een kader om daarin te voorzien.

Voor de goede orde moet worden opgemerkt dat er tegenwoordig internationale rechtsbronnen bestaan die Nederland verplichten om bepaalde categorieën delicten steeds te vervolgen.³⁰¹ Dit doet niet af aan onze principiële keuze voor behoud van het opportuniteitsbeginsel, aangezien de bedoelde vervolgingsplichten kunnen worden neergelegd in aanwijzingen en richtlijnen in het kader van het nationale vervolgingsbeleid.

Zo goed als verantwoordelijkheid ook zeggenschap veronderstelt, zo dient zeggenschap vergezeld te gaan van adequate controlemechanismen. Ten aanzien van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel doen wij in dit verband de volgende voorstellen.

Het belangrijkste controle-instrument blijft de ministeriële verantwoordelijkheid, waardoor parlementair toezicht wordt gewaarborgd op de inhoud van het opsporings- en vervolgingsbeleid. De huidige wet RO bevat terecht specifieke procedurele voorzieningen voor gevallen van 'bijzondere aanwijzingen' door de minister, die moeten uitsluiten dat partijpolitieke overwegingen een concrete vervolgingsbeslissing kunnen infecteren. Als aanvullende garantie geven wij in overweging om de mogelijkheid van een negatieve bijzondere aanwijzing (een bevel om af te zien van strafvervolging) geheel uit te sluiten in zaken waarin vervolging van de overheid aan de orde is.

In onze visie kan binnen het 'derde spoor' de primaire bevoegdheid tot het opleggen van sancties ook worden toegekend aan instanties als de politie, de ECD en de Mededingingsautoriteit.³⁰² Dit vereist evenwel supervisie door het Openbaar Ministerie. Toezicht en controle zou vorm kunnen krijgen door middel van richtlijnen en andere vormen van aanwijzingen, gekoppeld aan de zelfstandige bevoegdheid van het openbaar ministerie om een opgelegde sanctie in te trekken of te corrigeren.

Ten slotte stellen wij vast dat de bestaande mogelijkheid van rechterlijk toezicht op de vervolgingsbeslissing door middel van het bezwaarschrift tegen de dagvaarding of kennisgeving van verdere vervolging kan vervallen, omdat daaraan geen reële behoefte meer bestaat.

Het tweede hoofdstuk van het deelrapport betreft de mogelijkheden tot onderhandelen in het strafprocesrecht.³⁰³ Het gaat hierbij strikt genomen om de vraag in hoeverre het openbaar ministerie expliciete en bindende afspraken met

301 In deelrapport 1 worden als voorbeelden genoemd: art. 194 Euratom-verdrag, de vervolgingsplicht voor de Europese officier van justitie, art. 27 Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap. Naar zich thans laat aanzien zou deze lijst in de komende jaren binnen EU-verband nog wel eens aanzienlijk kunnen worden uitgebreid.

302 Vergelijk het huidige art. 37 WED en M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, deelrapport 1, 'Buitengerechtelijke afdoening II' (A. Hartmann), met name p. 176 e.v.; alsmede het 'Algemeen deel' (G. Knigge), p. 35-36.

303 Zie hieromtrent ook J.L. de Wijckerslooth & J. Simonis, 'Mag het strafrecht een beetje consensueel blijven?', *Trema* 2002, p. 437-443.

anderen kan maken omtrent de wijze waarop het zijn strafprocesuele bevoegdheden al dan niet zal aanwenden. Dat betreft naar zijn aard een uiterst principiële vraag. Het is dan ook niet verwonderlijk dat bij het beantwoorden daarvan rechtstreeks moet worden teruggegrepen op de systeembepalende kenmerken die gedurende het gehele onderzoeksproject centraal zijn gesteld.

De eerste concrete vraag in dit verband betreft de aanvaardbaarheid van de zogenaamde ‘plea bargaining’: afspraken tussen de officier van justitie en de verdachte omtrent de zwaarte van het verwijt dat in de telastelegging zal worden neergelegd of omtrent de hoogte van de ter zitting te eisen straf. Dit achten wij kort gezegd in beginsel – dat wil dus zeggen: behoudens uitzonderingen – niet aanvaardbaar in het licht van het uitgangspunt dat dit type beslissingen omtrent de inzet van het strafrecht behoort te worden beheerst door publiekrechtelijke afwegingen, waarbij het algemeen belang voorop behoort te staan. Daarom kunnen wij ook niet instemmen met de vorm van consensuele afdoening die onlangs in een motie van het parlement werd aangeraden, te weten ‘dat in juridisch eenvoudige strafzaken de officier van justitie na overleg met de verdachte en diens raadsman aan de rechter een gezamenlijk voorstel tot afdoening van een strafzaak kan presenteren, welk voorstel de rechter op de openbare zitting toetst en bij gebleken accoordbevinding, in zijn uitspraak kan opnemen’.³⁰⁴ Vanuit dezelfde uitgangspunten valt tevens aan te geven wat in dit verband wél als passend kan worden beschouwd. Natuurlijk kan de officier zowel bij de inrichting van de telastelegging als bij het bepalen van zijn strafeis ambtshalve rekening houden met de processuele opstelling van de verdachte. Daarbij kan zowel de haalbaarheid (bewijsbaarheid) van de zaak, mede gezien een proportionele inzet van capaciteit, als ook een coöperatieve houding van de verdachte in de afweging worden betrokken.

Het gaat dus om de delicate grens tussen enerzijds acceptabele, zelfs wenselijke, vormen van verrijking van het afwegingsproces door het openbaar ministerie in termen van het algemeen belang, waarbij de inbreng door de verdachte de balans vergaand kan beïnvloeden, en anderzijds de systeemvreemde reductie van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden op grond van een bindende overeenkomst met de particuliere verdachte.

In dit grensgebied moet vooral ook de bekende probleemstelling inzake de zogenaamde ‘kroongetuige’ worden gesitueerd. Juist op dit gebied worden onze voorstellen in verstrekende mate gedictieerd door de systeembepalende kenmerken die in de voorafgaande interimrapporten zijn uitgewerkt. Gelet op alle in aanmerking komende belangen kan het hier – uitzonderingsgewijs – onder omstandigheden opportuun zijn als een verdachte medewerking verleent door als getuige in een andere zaak op te treden, dat de overeen te komen ‘tegenprestatie’ van de officier van justitie dan bestaat uit de toezegging om af te zien van vervolging. De nadruk die wij leggen op ‘de omstandigheden van het geval’ en op het ‘uitzonderlijke’ karakter van een dergelijke afspraak geven al aan dat wij daarbij wel denken aan bijzondere flankerende waarborgen. Zo kan een dergelijke afspraak alleen binnen het stelsel van strafvordering passen indien de proportionaliteit en de subsidiariteit daarvan zijn gegarandeerd. Dit brengt met zich mee dat

304 Motie van de kamerleden Dittrich e.s., *Kamerstukken II*, 28600 VI, nr. 61 en nr. 127. Naar ons oordeel is voor een dergelijke werkwijze alleen ruimte binnen het derde spoor en niet – zoals hier aan de orde is – in zaken waarin een vrijheidsstraf aan de orde is.

de ernst van de zaak in actieve en passieve zin zorgvuldig tegen elkaar dient te worden afgewogen. Met andere woorden: de ernst van het door de kroongetuige op te helderen en bewijsbaar te maken delict moet evident aanmerkelijk zwaarder wegen dan het door die informant zelf gepleegde feit waarvoor hem immuniteit wordt toegezegd. Daar zou in onze visie nog bijkomen dat de regelgeving aanvullende procedurele waarborgen gaat bevatten (transparante richtlijnen; toezicht door een centrale toetsingscommissie; verslaglegging e.d.) waardoor onevenredig gebruik van deze mogelijkheid wordt voorkomen.

Anderzijds achten wij het niet toelaatbaar dat een kroongetuige in ruil voor zijn verklaring wordt 'beloond' met de toezegging om een later door de rechter opgelegde straf geheel of gedeeltelijk niet te executeren. In dit geval zou de in de wet voorgestructureerde afweging van in aanmerking komende belangen worden doorkruist. Bovendien zou daardoor de verhouding tussen rechter en openbaar ministerie worden doorkruist³⁰⁵ en worden andere wettelijke middelen (vooral het instrument van de gratie) miskend.³⁰⁶ Aangezien het systeem van strafvordering zich tegen deze variant verzet, is er geen reden om de desbetreffende toezegging in het wetboek expliciet te verbieden. Dat ligt anders voor de weer wél in aanmerking komende afspraak met de kroongetuige dat de officier van justitie aangeeft zijn strafeis, in vergelijking met andere zaken, te zullen beperken. Hier ligt een wettelijke regeling in de rede, met het oog op bescherming van de integriteit van het strafproces, het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Wettelijke normering is ook gewenst teneinde de transparantie van het voorbereidend onderzoek te vergroten en daardoor controle door de rechter mogelijk te maken. Bij die controle past overigens dat de rechter niet gebonden is aan de gemaakte afspraak en de daaruit voortvloeiende strafeis; zomin als de rechter binnen ons stelsel in enig ander opzicht dwingend wordt beperkt door het requisitoir in zijn discretionaire ruimte bij het opleggen van een passende straf.³⁰⁷

Tenslotte wordt in het deelrapport nog aandacht besteed aan een geheel andere vorm van onderhandelen, te weten het overleg dat leidt tot het afsluiten van *convenanten* waarbij het openbaar ministerie partij is. Het prototype hiervan betreft de situatie waar in het openbaar ministerie met andere overheidsinstanties afspraken omtrent opsporing en vervolging overeenkomt. Zo wordt wel met instanties als de Sociale Diensten, de fiscus of BOD'en in een convenant de garantie neergelegd dat het openbaar ministerie aan een vastgelegd contingent aangeleverde zaken een strafrechtelijk vervolg zal geven. In de financieel-economische sector komen bovendien soortgelijke afspraken voor omtrent de preciese inhoud of reikwijdte van de materiële normen. Aangezien de delictsomschrijvingen op dit terrein niet zelden erg ruim zijn bemeten, is het nodig om – in overleg met de betrokken marktpartijen – vooraf uitsluitel te geven omtrent de gedragstypen waartegen daadwerkelijk met strafrechtelijke middelen zal worden opgetreden. Als derde categorie noemen we convenanten waarin het Openbaar Ministerie toezegt lokale preventie- en handhavingsprojecten te ondersteunen. En ten slotte zijn er nog

305 Zie onder andere HR 1 februari 1991, *NJ* 1991, 413 m.nt. ThWvV.

306 Dit standpunt sluit aan bij het geldende recht. Zie HR 1 juni 1999, *NJ* 1999, 567 m.nt. Sch (Karman-zaak).

307 Waarbij wordt aangetekend dat de eis van de officier van justitie wel van invloed kan zijn op de inhoud van de vereiste motivering van de beslissing omtrent de op te leggen straf; zie thans reeds art. 359 Sv.

afspraken en toezeggingen om in bepaalde segmenten géén gebruik te maken van het vervolgingsrecht. Dit zijn de arrangementen waarmee het gedoogbeleid vorm wordt gegeven.³⁰⁸

De strekking van deze convenanten is vooral dat daarin tot uitdrukking wordt gebracht in welke situaties vervolging in het algemeen belang wordt geacht. Convenanten zijn aldus beschouwd logische extensies van het opportuniteitsbeginsel, die de transparantie (en dus de berekenbaarheid) van het beleid bevorderen. De publiekrechtelijke context bepaalt ook de bindende kracht van convenanten. Het openbaar ministerie is gebonden, maar behoudt een marge van waarderingsvrijheid. In onvoorziene of bijzondere omstandigheden kan van het overeengekomen uitgangspunt worden afgeweken, mits die afwijking in rechte apart kan worden gemotiveerd. De rechter toetst dit uiteindelijk aan de gangbare beginselen van een behoorlijke procesorde (met name het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel).

5.3 *De normering van het justitiële optreden van buitenlandse opsporingsambtenaren op Nederlands grondgebied*

De toegenomen internationalisering van de strafrechtspleging is een verschijnsel dat inmiddels bij vrijwel geen enkel strafvorderlijk onderwerp mag worden genegeerd. Internationale samenwerking bestaat in vele vormen en gedaanten. Het kan op incidentele of op structurele basis plaatshebben. Het kan persoons- of zaakgericht zijn. Samenwerking kan betrekking hebben op een concrete onderzoekshandeling of op het in algemene zin faciliteren van informatieuitwisseling. De grensoverschrijdende contacten kunnen zijn gericht op bewijsverkrijging of op inlichtingen die vooral opsporingstactische doeleinden dienen. En er zijn telkens wisselende personen betrokken bij de diverse vormen van coöperatie. Soms gaat het om gemeenschappelijke teams voor bijzondere projecten, in andere gevallen staan eenmalige contacten tussen opsporingsambtenaren centraal. Een nog weer andere rol wordt gespeeld door de zogenoemde 'liaison-officers' die een (semi) permanente relatie tussen onderdelen van nationale diensten kunnen verstevigen.

Deze enorme variëteit van grensoverschrijdende contacten vraagt om wetenschappelijke en om juridische ordening. De wetenschappelijke vraag betreft dan in de eerste plaats de begripsvorming. Op basis daarvan kan dan de juridische normering aan bod komen: dat gaat over de vraag wie in welke situaties over welke bevoegdheden beschikt en waar die bevoegdheden dienen te worden vastgelegd.

In het tweede interimrapport hebben wij al een belangrijke aanzet gegeven tot een begripsmatige ordening van de stof. Daarbij is voorop gesteld dat wij in dit project de internationale dimensie vooral analyseren vanuit de handelingen die worden verricht en minder vanuit het institutionele gezichtspunt van de daarbij betrokken autoriteiten.³⁰⁹ Moderne interstatelijke samenwerking mist veelal twee kenmerken van traditionele vormen van rechtshulp, namelijk een uitdrukkelijk *verzoek* van de ene staat aan de andere, en de inkadering in een *bepaalde strafzaak*.

308 Zie hieromtrent M. van Dijk, *Gedogen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003.

309 Zie M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, deelrapport 3, 'Strafvordering en rechtshulp' (Y.G.M. Baaijens-van Geloven), p. 349 e.v.

Tegenwoordig gaat het juist vaak om samenwerking nog voordat er een concrete verdenking bestaat en in omstandigheden waarin nog helemaal niet vast staat dat er een strafzaak komt, laat staan waar die dan zal worden aangebracht. Voor die situaties hebben wij voorgesteld dat het beslissende criterium voor het classificeren van handelingen is gelegen in het *doel* van het optreden. Is de handeling gericht op de toepassing van Nederlands strafrecht, dan is er in beginsel sprake van *strafvordering*. Gaat het om een inbreng die is gericht op een buitenlandse strafzaak, dan spreken wij over *rechtshulp*. Natuurlijk ligt het in de opsporingspraktijk niet altijd duidelijk. Soms staat niet vast of het één dan wel het ander zich voordoet; want er kan zeer wel sprake zijn van een *dubbele* of een *alternatieve* doelstelling. In beide situaties hebben wij aangenomen dat in ieder geval óók de normering van de Nederlandse strafvordering dient te worden gerespecteerd. Hiertoe zijn nadere regelingen omtrent de rechtshulp en een hechtere basis voor transnationale verrichtingen die (mede) het oog hebben op Nederlandse strafzaken onontbeerlijk. De vraag werd destijds al opgeworpen of dit niet onder andere zou moeten leiden tot een meer algemene bepaling in het wetboek (met een omgekeerde regel ten opzichte van art. 539a Sv) die buitenlandse opsporingsambtenaren machtigt om met inachtneming van de overige regels een bijdrage te leveren aan de Nederlandse rechtshandhaving.

In deelrapport 2 hieronder, geschreven door C.J.C.F. Fijnaut, wordt deze gedachtengang verder aangevuld. Het betoog is breed opgezet, om de lezer een ruimer beeld te gunnen van de juridische en organisatorische achtergronden van het optreden van buitenlandse opsporingsambtenaren op het Nederlandse grondgebied. De verdragsrechtelijke kaders van de politieke en justitiële samenwerking worden systematisch belicht, waarbij achtereenvolgens de overeenkomsten vanuit Raad van Europa, de Schengen-accorden en de latere ontwikkelingen in EU-verband vrij gedetailleerd aan de orde worden gesteld. Het verdragsrecht is daarom zo van belang, omdat het in een aantal opzichten beperkingen oplegt aan de keuzevrijheid van de nationale overheid om het wetboek van strafvordering naar eigen goeddunken in te richten.

Naar geldend recht is de onderhavige materie zowel gefragmenteerd als gebrekkig geregeld. De fragmentering blijkt uit de vindplaatsen van de voornaamste bepalingen. Zo wordt in Titel X van het Vijfde Boek in art. 552a lid 2 Sv gesteld dat een aantal van de bijzondere opsporingsbevoegdheden door buitenlandse opsporingsambtenaren kunnen worden uitgeoefend indien een voor inwilliging vatbaar rechtshulpverzoek daartoe strekt.³¹⁰ Art. 54 lid 2 Sv bepaalt daarnaast – in het kader van de grensoverschrijdende achtervolgingen – dat buitenlandse politieambtenaren onder omstandigheden een bevoegdheid tot aanhouden buiten heterdaad toekomt. Ook hier gaat het uit de aard der zaak in beginsel om een verrichting ten behoeve van een in het buitenland te berechten of een reeds berechte³¹¹ kwestie. Ten aanzien van de bijzondere opsporingsbevoegdheden in *Nederlandse* strafzaken is voorts in het wetboek – zie de art. 126g, 126i, 126j, 126o, 126p, 126q en 126qa – vastgelegd dat onder een opsporingsambtenaar mede wordt verstaan ‘een persoon in openbare dienst van een vreemde staat, die voldoet

310 Het gaat om de bevoegdheden omschreven in de titels IVa, V, Va en Vc van het Eerste Boek. Het rechtshulpkarakter brengt met zich mee dat het in beginsel gaat om een zaak die in het buitenland zal worden afgedaan.

311 Denk hierbij vooral aan de achtervolging van een uit de gevangenis ontsnapte gedetineerde.

aan bij algemene maatregel van bestuur te stellen eisen'. Die eisen zijn uitgewerkt in het 'Samenwerkingbesluit bijzondere opsporingsbevoegdheden'.³¹² Andere kaderregelingen die in dit verband van belang zijn, zijn nog een Aanwijzing van het College van procureurs-generaal van 11 januari 2000³¹³ alsmede een ministeriële Richtlijn buitenlandse verbindingsofficieren van 8 maart 2002.

Het geldend recht is niet alleen gefragmenteerd, het is vanuit systematisch oogpunt ook gebrekkig. In deelrapport 2 wordt dit aangetoond in een beschouwing die achtereenvolgens bestaat uit een deel over het optreden van buitenlandse politieambtenaren die langere tijd op Nederlands grondgebied verkeren, en een daarop volgende paragraaf over de inbreng van ambtenaren die slechts incidenteel hier te lande handelen.

Onder de eerste categorie vallen enerzijds de zogenoemde verbindingssambtenaren, en anderzijds de projectambtenaren en leden van gemeenschappelijke onderzoeksteams. Voor de verbindingsofficieren geldt dat zij in strict strafvorderlijk opzicht niet bijzonder interessant zijn. Dat is het geval, omdat de zojuist genoemde Richtlijn uit 2002 hen geen enkele bewegingsvrijheid geeft en zij onder geen beding in Nederland opsporingshandelingen mogen verrichten. Zij hebben vooral een bemiddelende rol voor de inzet van buitenlandse opsporingsambtenaren. Dit ligt anders voor de projectfunctionarissen. Uit de ervaringen met het zogenoemde Hazeldonk-initiatief leren we dat dergelijke ambtenaren in deze hoedanigheid onder het gezag staan van de Nederlandse officier van justitie en alleen onder toezicht en op aanwijzing van Nederlandse opsporingsambtenaren kunnen handelen. Dit komt er dus op neer dat zij wel *opsporingshandelingen* kunnen verrichten in een concrete zaak, maar dat zij – naar de structuur van het wetboek beschouwd – niet beschikken over eigen of afgeleide *opsporingsbevoegdheden*. Dit blijkt ook uit de omstandigheid dat hun verrichtingen door een Nederlandse opsporingsambtenaar moeten worden vastgelegd in een proces-verbaal. Systematisch is dit arrangement niet erg deugdelijk. Wij stellen immers vast dat de buitenlanders in deze situatie wel degelijk betrokken zijn bij de uitvoering van opsporingshandelingen en dat het optreden onmiskenbaar onderdeel is van een Nederlands strafrechtelijk onderzoek. Welnu, dan behoort zo'n activiteit niet binnen de constructie van de 'rechtshulp' te worden genormeerd, maar dient ingevolge de eerder beschreven begripsvorming het normatieve kader te bestaan uit de nationale strafvordering. Vanuit deze achtergrond is er dan ook veel méér te zeggen voor de hoofdlijn van de inmiddels voorgestelde regeling omtrent de 'gemeenschappelijke onderzoeksteams'.³¹⁴ Bij dit initiatief is door de wetgever onder ogen gezien dat samenwerking in het kader van gemeenschappelijke teams niet langer dient te worden aangemerkt als rechtshulpverlening. Het betreft strafvordering – en het moet dus in het wetboek van strafvordering worden geregeld. Uiteraard moet daarbij rekening worden gehouden met de omstandigheid dat het gemeenschappelijke optreden niet alleen maar een puur nationaal onderzoek betreft. Vandaar de aparte normering, die thans is voorzien als nieuwe Eerste Afdeling A van Titel X (art. 552qa-552qe Sv). De instelling van zo'n gemeenschappelijk team moet worden vastgelegd in een overeenkomst. Daarin wordt de periode van samenwerking gespecificeerd, alsmede

312 KB van 15 december 1999, *Stb.* 1999, 549 (het 'Besluit 1999').

313 *Stcrt.* 2000, 25, gewijzigd in *stcrt.* 2001, 39 en in *stcrt.* 2001, 133.

314 Zie voor vindplaatsen en details paragraaf III.2.2.2. van het deelrapport.

het doel en de samenstelling van het team. Ook moet daarin melding worden gemaakt van de door buitenlandse opsporingsambtenaren op Nederlands grondgebied uit te oefenen opsporingsbevoegdheden. In art. 552qb Sv wordt in dit opzicht aanvullend bepaald dat de uitoefening van deze bevoegdheden moet gebeuren ‘met inachtneming van het bepaalde bij en krachtens dit wetboek en de tussen de bij het gemeenschappelijk onderzoeksteam betrokken landen geldende verdragen’. Dit gaat al een heel eind in de richting van een structuur die past bij het door ons bepleite onderscheid tussen rechtshulp en strafvordering. De aansluiting bij ‘normale’ strafvorderlijke regels wordt bovendien bevorderd door de voorgestelde artikelen waarin stukken die door buitenlandse leden van het team zijn opgesteld omtrent buiten Nederland verrichte ambtshandelingen hier de bewijskracht zullen hebben die aan overeenkomstige door Nederlandse politiemensen verrichte handelingen toekomt. De betrokken buitenlanders worden in deze regeling dus niet Nederlandse opsporingsambtenaar, maar kunnen zowel hier als elders als opsporingsambtenaar optreden. Dat is een belangrijke stap in de wetssystematisch gewenste richting.

Vervolgens wordt in het deelrapport ingegaan op de meer incidentele vormen van optreden door buitenlandse ambtenaren. Eerst komt reeds genoemde de regeling van art. 54 lid 4 Sv terug, omtrent de aanhouding buiten heterdaad. Ten aanzien van de echte ‘hot pursuit’ wordt kritiek geleverd op het standpunt van de Nederlandse wetgever dat hier geen aparte wettelijke voorziening noodzakelijk zou zijn omdat volgens art. 53 lid 1 Sv ‘ieder’ bevoegd is tot aanhouding over te gaan. Hier wrekt zich weer eens het door elkaar halen van rechtshulp en strafvordering in de door ons bedoelde zin. Bij de grensoverschrijdende achtervolging is er evident sprake van een actie gericht op een buitenlandse strafzaak; vaak zal het zelfs gaan om een kwestie waar Nederland geen enkele jurisdictie over heeft. Welnu, dan is het instrument van art. 53 lid 1 Sv ten enenmale niet op zijn plaats om handelingen te normeren die geen verband houden met de Nederlandse strafvordering.

De andere besproken vormen betreffen de observatie, de gecontroleerde aflevering en de infiltratie. Bij deze bijzondere opsporingsbevoegdheden moet worden onderkend dat zij in het algemeen zowel betrekking kunnen hebben op situaties waarin op verzoek van een ander land door een buitenlandse ambtenaar wordt opgetreden ten behoeve van een elders te voeren strafprocedure, als ook op gevallen waarin dit gebeurt ten behoeve van een Nederlands of een gecombineerd Nederlands-buitenlands onderzoek. Dit heeft uiteraard gevolgen voor de wetssystematische vormgeving van de mogelijkheden tot dergelijk optreden. Wij stippen op deze plaats slechts twee bijzonderheden aan. Als uitvloeisel van de eerdergenoemde art. 126g, 126i, 126j, 126o, 126p, 126q en 126qa Sv zijn in het ‘Besluit 1999’ voorwaarden gesteld waaraan de buitenlandse ambtenaar moet voldoen teneinde de onderhavige bevoegdheden te kunnen uitoefenen. Deels hebben die betrekking op zijn juridische bevoegdheden in zijn thuisland, voor een ander deel gaat het om competentie-eisen (kennis en vaardigheden). Daarnaast wordt hij gebonden aan op het Nederlandse rechtssysteem gerichte verplichtingen, bijvoorbeeld om te getuigen in strafzaken, om aanwijzingen van Nederlandse autoriteiten op te volgen en om verslag te doen van zijn optreden aan het Nederlandse gezag.³¹⁵ Hoewel dit als *model* zich lijkt te lenen voor generalisatie naar soortgelijke

315 Waardoor de Nederlandse collega dan in staat wordt gesteld om proces-verbaal op te maken.

andere activiteiten, zou het op onderdelen dan *inhoudelijk* moeten worden bijgesteld (bijvoorbeeld door het opnemen van een *eigen* bevoegdheid/verplichting tot het opmaken van proces-verbaal).³¹⁶ Het tweede punt waar hier apart de aandacht op wordt gevestigd betreft de observatie. In de vigerende (uitvoerings-)regelgeving wordt op dit moment voorbij gegaan aan het geval waarin een observatieactie deel uitmaakt van een gemengd Nederlands-buitenlands onderzoek. Evenmin is apart rekening gehouden met de situatie waarin een buitenlands observatieteam op verzoek van ons land en op ons grondgebied in een Nederlandse strafzaak optreedt. Het behoeft inmiddels geen betoog meer dat dit precies de crux vormt van een systematische ordening van dit deel van de stof.

Dit brengt ons in een afrondende paragraaf tot de volgende slotsom. De inbreng van buitenlandse ambtenaren in opsporingsonderzoek op ons grondgebied dat onmiskenbaar is gericht op een Nederlandse strafzaak dient geheel te worden losgemaakt van de normering van internationale rechtshulp. Deze vorm van internationale samenwerking is ‘gewoon’ Nederlandse strafvordering, waarvoor een dekkende regeling moet worden getroffen in het Wetboek van strafvordering. Over de inhoud van zo’n regeling kan in abstractie worden gezegd dat die aan dezelfde maatstaven moet voldoen als voor andere – nationale – interventies gelden. Met name dient de transparantie van het optreden te worden gewaarborgd, zodat in een eventuele procedure ter terechtzitting door de rechter kan worden nagegaan of er correct is opgetreden. Dit stelt dus eisen aan de competentie van de handelende autoriteit, een verslagleggingsplicht, en een verplichting om onder omstandigheden als getuige ter zitting rekening en verantwoording af te leggen. Voor wat betreft de systematisch meest in aanmerking komende plaats voor een dergelijke regeling, ligt het voor de hand om algemene bepalingen omtrent deze materie onder te brengen in het Eerste Boek. Aansluitend bij de definitie van opsporingambtenaren in art. 127 Sv en bij de regeling Titel VA omtrent de bijstand aan opsporing door burgers, zou in dit Eerste Boek kunnen worden bepaald dat opsporingsambtenaren niet alleen personen zijn met de opsporingbelast, maar ook personen in buitenlandse dienst die in de bij de wet toegestane gevallen de opsporingstaak uitoefenen. Omdat in ons conceptuele model wordt uitgegaan van te normeren handelingen – en niet van te normeren organisatievormen of instituties – zou deze regelgeving ook van toepassing dienen te zijn op ‘gemeenschappelijke onderzoeksteams’ indien en voorzover die voor exclusief Nederlandse strafzaken worden ingezet.

Voor de inzet van buitenlanders ten behoeve van strafzaken die in het buitenland zullen worden afgedaan blijft Titel X van het Vierde boek het aangewezen kader voor Nederlandse regelgeving.

Resteert de vraag hoe er met samenwerking dient te worden omgegaan in de gevallen waarin (nog) niet duidelijk is in welke jurisdictie de resultaten van opsporingsonderzoek een gerechtelijk vervolg zullen krijgen. Het antwoord daarop kan relatief eenvoudig zijn. Voor ‘duale’ onderzoeken en voor gevallen waarin de mogelijkheid voorshands open blijft staan dat een Nederlandse rechter daarmee uiteindelijk zal worden belast, moet worden bepaald dat steeds ook de zojuist

316 Daarnaast wijzen wij op het systematische probleem dat volgens de toelichting op het ‘Besluit 1999’ de regeling ook van toepassing zou zijn op de inzet van buitenlanders ten behoeve van *buitenlandse strafzaken*. Dat is, volgens de in ons project ontwikkelde uitgangspunten, dus weer precies verkeerd, omdat het dan niet om strafvordering maar om rechtshulp gaat. Die materie dient in een aparte regeling te worden genormeerd.

genoemde basisregeling uit het Eerste boek van het wetboek onverkort van toepassing is. De samenwerking zelf – waarbij met name moet worden gedacht aan de figuur van de gemeenschappelijke teams – zou dan nog apart kunnen worden geregeld, waarvoor het Vierde boek een goede plaats zou kunnen bieden.

5.4 *De rechtsgevolgen van onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek*

In het derde deelrapport, van de hand van Y. G. M. Baaijens-van Geloven, gaat het om de vraag naar de rechtsgevolgen die moeten worden verbonden aan geconstateerde onrechtmatigheden in het voorbereidend onderzoek. Die vraag raakt noodzakelijkerwijs aan twee onderscheiden kwesties. Ten eerste: wat moet de strafrechter precies toetsen? En ten tweede: welke reacties komen in aanmerking?³¹⁷ In het verlengde van de algemene vraag naar onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek en langs welke weg daarover is te oordelen, ligt de vraag naar de bruikbaarheid van in het buitenland vergaard onderzoeksmateriaal. Grensoverschrijdend onderzoek – het is in de vorige subparagraaf omstandig gebleken – maakt steeds vaker op enigerlei wijze deel uit van de reguliere opsporing. Dit grensoverschrijdende onderzoek is, ook wanneer het buiten Nederlands grondgebied plaatsvindt, eveneens gebonden aan regels die onder omstandigheden kunnen worden overtreden of geschonden. Dergelijke schendingen kunnen de bruikbaarheid van het vergaarde onderzoeksmateriaal beïnvloeden. Vandaar dat ook hier de vraag zich voordoet naar wat de strafrechter moet toetsen en welke reacties vervolgens in aanmerking kunnen komen.

Een antwoord op de vraag naar de toetsing van het verloop van het voorbereidend onderzoek veronderstelt een visie op de taak van de zittingsrechter. Daarmee zijn wij binnen het onderzoeksproject Strafvordering 2001 op bekend terrein. De taak van de zittingsrechter is een afgeleide van de functie van het strafproces recht. Daarin staat naar ons oordeel centraal het bieden van een in alle opzichten adequate reactie op een vermoedelijk gepleegd delict en – dus – het verzekeren van een juiste toepassing van het materiële strafrecht.³¹⁸ Enerzijds zien wij de controlerendetaak van de zittingsrechter ruimer dan het Straatsburgse EHRM als een minimum oplegt; anderzijds zien ook wij beperkingen. Het is van belang om voorop te stellen dat toetsing van het voorbereidend onderzoek geen zelfstandig doel is van het onderzoek ter terechtzitting. Het is daarentegen een onderwerp dat moet worden beschouwd in het licht van het totale onderzoek naar het strafbare feit en het aandeel dat de verdachte daarin heeft gehad. Dit perspectief brengt met zich mee dat de zittingsrechter in beginsel geen vorm van ‘totaal-toezicht’ uitoefent en meer in het bijzonder geen controle moet nastreven op handelingen en voorvallen die op geen enkele manier doorwerken in de beslissingen die ingevolge de art. 348 en 350 Sv moeten worden genomen. Teneinde te voorkomen dat hierdoor een juridisch tekort in de toetsing van de opsporing zou kunnen ontstaan, voorzien

317 Zie M. C. D. Embregts, *Uitsluiting over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civielrecht en het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003; en A. M. van Woensel, ‘Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland’, november 2003, *DD* 2004, 10, p. 119-171.

318 Dit is uiteraard niet de plaats om hierover nogmaals uitvoerig uit te weiden. Zie onder andere het Algemeen Deel in de drie eerder verschenen interimrapporten van ons project.

wij twee remedies. Ten eerste de inrichting van een vaste controlerende instantie met een inspectie-achtige taak. En ten tweede de overkoepelende restvoorziening ten behoeve van de rechtsbescherming, zoals die in hoofdstuk 4 hierboven is uitgewerkt. Dit laatste instrument waarborgt dat er altijd een strafvorderlijk loket is waar de justitiabele terecht kan met klachten omtrent de rechtmatigheid van handelingen of omissies gedurende het vooronderzoek, en vormt zodoende een ‘effective remedy’ als bedoeld in art. 13 EVRM.

De zittingsrechter³¹⁹ heeft in onze visie dus een taak om toe te zien op de gang van zaken in het vooronderzoek voorzover dat raakt aan het beslissingsschema van art. 348 en 350 Sv. De volgende vraag is wat er mee te winnen is om een sanctie te verbinden aan de constatering dat bepaalde regels zijn geschonden. In dat verband ondersteunen wij de in de literatuur dominerende argumenten van reparatie, demonstratie en preventie, alsmede het zichtbaar markeren van de grenzen van de opsporing, waaraan wij toevoegen de compensatie van getroffen belangen. Al op grond van deze uiteenlopende rechtsdoelen ligt het niet voor de hand om in de wet een abstracte belangenafweging te maken en vaste sancties te verbinden aan schending van bepaalde vormvoorschriften. Daar komt nog bij dat er allerlei omstandigheden van het individuele geval zijn, die een rol zouden moeten spelen bij het bepalen van de meest aangewezen reactie op een dergelijk verzuim. In het deelrapport worden onder andere de volgende factoren van belang geoordeeld:

- de aard van het vormvoorschrift;
- het belang dat met het voorschrift wordt gediend: dit kan zijn gelegen in het bevorderen van de betrouwbaarheid van het onderzoek, de bescherming van de grondrechten van de verdachte of derden of bijvoorbeeld de bescherming van de volksgezondheid;
- het concrete verdedigingsbelang van de verdachte;
- de aard en de ernst van de schending, die mede wordt bepaald door de duur en de mate waarin daardoor inbreuk wordt gemaakt op beginselen van een goede procesorde;
- de ernst van het strafbare feit, hetgeen van belang is met het oog op vaststelling van de proportionaliteit en de subsidiariteit van het opsporingshandelen;
- de mate van verwijt dat de betrokken opsporingsinstantie treft: werd er doelbewust dan wel met grove veronachtzaming van ambtsplicht gehandeld of juist te goeder trouw?
- het causaal verband tussen de onrechtmatige gedragingen en het opsporingsresultaat;
- de situatie waarin het besmette bewijsmateriaal ook is voortgekomen uit een van het verzuim onafhankelijke bron dan wel ook langs rechtmatigeweg had kunnen worden verkregen.

Op grond van deze factoren moet worden aangenomen dat de rechter per geval dient te bepalen wat de meest aangewezen sanctie is op een geconstateerde onrechtmatigheid. Maar zoals steeds binnen dit onderzoeksproject, moet de afweging van daarbij in aanmerking komende belangen wel wettelijk zijn voor-

319 Wij benadrukken ook in dit Algemeen deel reeds dat wij oordelen omtrent de onderhavige kwesties in volle omvang willen overlaten aan de zittingsrechter. In de literatuur herhaaldelijk gedane voorstellen om in een soort vóórprocedure nader omschreven ‘besmette’ onderzoeksresultaten uit het strafdossier weg te zuiveren, wijzen wij van de hand.

gestructureerd. De rechter dient in het systeem van het wetboek een handvat te hebben op grond waarvan de uitkomst van een concreet geval zowel voorspelbaar als inzichtelijk is. Zo'n handvat ligt naar ons oordeel vooral besloten in het beslissingsschema van art. 348 en 350 Sv. Dit leidt tot de volgende uitgangspunten.

De niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie is vooral dan het aangewezen dictum indien door het verzuim niet langer sprake kan zijn van een eerlijk proces. Voor de maatstaven op dit punt kan niet zondermeer worden aangesloten bij de bestaande jurisprudentie. Volgens het bekende Zwolsman-criterium moet worden nagegaan of kan worden gesproken over schendingen die 'een ernstige inbreuk' vormen 'op de beginselen van een goede procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan'.³²⁰ Bij wijze van uitzondering wordt het vervolgingsrecht bovendien aangetast indien het gaat om 'zeer fundamentele inbreuken waardoor weliswaar het belang van de verdachte niet wordt geschaad, maar wel het wettelijk systeem in de kern wordt geraakt'.³²¹ Wij zijn van oordeel dat in de redenering niet de *sanctie* voorop hoort te staan, dat het dus niet behoort te gaan om de bestraffing van het verzuim, maar dat het primair gaat om de juistheid van de door de rechter te nemen beslissing. De vraag is dan niet of het *verzuim* een ernstige inbreuk vormt op de beginselen van een behoorlijke procesorde, maar of het ondanks dat verzuim *instellen of voortzetten van de vervolging* strijdt met fundamentele rechtsbeginselen.³²² Daarbij komen het recht van de verdachte op een eerlijk proces en het beginsel van een behoorlijke belangenafweging als centrale criteria in beeld.

De sanctie van bewijsuitsluiting komt in de eerste plaats in aanmerking indien het verzuim gevolgen heeft voor de maatstaven die de rechterlijke bewijsbeslissing beheersen. Dat wil zeggen als de onrechtmatigheid van invloed is op de betrouwbaarheid van het vergaarde onderzoeksresultaat of op de mogelijkheden om de herkomst van het materiaal te controleren. In deze gevallen is bewijsuitsluiting zelfs de enige passende reactie op het verzuim. Daarnaast zijn er gevallen waarin de rechter meer ruimte heeft voor een oordeel dat is afgestemd op de omstandigheden van het geval. Voor bewijsuitsluiting kan dan ruimte zijn vanuit de procesgerichte reparatiegedachte.

Strafvermindering is volgens het in het deelrapport uitgewerkte model een soort restsanctie, die kan worden toegepast indien het verdedigingsrecht van de verdachte door de onrechtmatigheid is geschonden, maar niet in zodanige mate dat tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie of tot bewijsuitsluiting behoeft te worden overgegaan. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn omdat door opsporingsambtenaren te goeder trouw is gehandeld, of omdat het vormverzuim dan wel de schending van beginselen van goede procesorde van geringe ernst is

320 HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249.

321 Vanuit proces theoretisch oogpunt is dit overigens een interessant type overweging. Binnen ons onderzoeksproject is inmiddels op de meest uiteenlopende onderdelen met kracht van argumenten betoogd dat het geldende recht niet kan worden gezien – of gereconstrueerd – als een zelfs maar enigszins coherent stelsel van samenhangende strafvorderlijke uitgangspunten. In positieve, constructieve zin kan daarom nauwelijks worden gesproken over een bestaand 'systeem'. Dat neemt niet weg dat er op onderdelen natuurlijk ook in het vigerende wetboek zodanig samenhangende kernbepalingen bestaan, dat er bij schending daarvan in *negatieve zin* kan worden vastgesteld dat 'het wettelijk systeem in de kern wordt geraakt'.

322 Zo reeds G. Knigge, 'Het Zwolsman-criterium op de helling', *RM Themis* 2003, p. 194.

in relatie tot het gepleegde strafbare feit. In andere gevallen kan strafvermindering zelfs de enige reëel beschikbare sanctie zijn, bijvoorbeeld indien de onrechtmatige opsporingshandeling geen bewijsmateriaal heeft opgeleverd dat van gebruik door de rechter kan worden uitgesloten.

Ten slotte moet de mogelijkheid worden opengelaten dat géén concreet rechtsgevolg wordt verbonden aan een juridische fout gedurende het voorbereidend onderzoek. Zo'n declaratoire uitspraak is niet zonder betekenis, maar omdat daar geen rechtsherstel of reparatie aan verbonden is, dient de rechter deze optie met enige terughoudendheid onder ogen te zien.

Vervolgens is nagegaan welke implicaties deze beschouwing heeft voor onderzoeksresultaten die in het buitenland zijn vergaard. Daarbij wordt voorop gesteld dat de toelaatbaarheid en de bewijskracht van elders verkregen materiaal wordt beheerst door regels van Nederlands bewijsrecht. Dit is van belang, omdat de keuze voor een vrij bewijsstelsel met behoud van de klassieke bewijsminima daarmee in beginsel ook van toepassing is op kenbronnen die uit het buitenland afkomstig zijn.³²³ 'In beginsel', aangezien internationale regelingen en afspraken de bruikbaarheid van bewijsmateriaal mede kunnen bepalen. Daarbij valt aan te tekenen dat de moderne rechtsontwikkeling op dit punt, met name binnen het verband van de Europese Unie, sterk in de richting gaat van de gedachte van een wederzijdse erkenning van binnen de lidstaten op legale wijze verkregen bewijsmateriaal. Welke rol die wederzijdse erkenning bij dit alles in de toekomst gaat spelen, is voorhands overigens nog onduidelijk. Een simpele verwijzing naar de zogenaamde 'rule of non inquiry' of naar het vertrouwensbeginsel teneinde inhoudelijke toetsing uit te sluiten, volstaat niet langer in deze tijd van intensieve politieke en justitiële samenwerking. Landen kunnen tegenwoordig niet ontkennen dat ze een zekere verantwoordelijkheid dragen voor elkaars gedragingen in opsporingsverband. Bovendien heeft de zittingsrechter in dit verband een eigen taak en verantwoordelijkheid. Bewijsmateriaal moet betrouwbaar zijn en het strafproces moet uiteindelijk geheel voldoen aan de eisen van art. 6 EVRM en aan (andere) fundamentele rechtsbeginselen. Verrichtingen in het vooronderzoek, waar die ook hebben plaatsgehad, zijn daarbij van betekenis. Er is een parallel te trekken met de argumenten die in het deelrapport worden uitgewerkt voor de afwijzing van een aparte vóórprocedure waarin de rechtmatigheid van de bewijsgaring zou worden getoetst. Die beoordeling staat in nauwe relatie met een van de belangrijkste beslipunten in de strafzaak, namelijk de vraag of op grond van wettig en overtuigend bewijs tot een bewezenverklaring kan worden gekomen. Het is de taak van de zittingsrechter om (binnen de eerder omlijnde maatstaf van voldoende in plaats van absolute zekerheid) de materiële waarheid te achterhalen en op basis daarvan een beslissing te nemen waarin recht wordt gedaan aan alle betrokken belangen. Maar aan welke normen moet dit in het buitenland verrichte handelen dan worden getoetst? In ons deelrapport wordt het standpunt uitgewerkt dat het hierbij niet in volle omvang kan gaan om hetzij de regels van de staat waar het materiaal vandaan komt (*locus regit actum*), hetzij van de staat van berechting (*forum regit actum*) of een cumulatie

323 Zie M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen: 1999, deelrapport 9, 'Bewijsrecht en bewijsmotivering' (J.B.H.M. Simmelink), p. 434 e.v., ook omtrent de positie van de 'moderne' bewijsminima.

van beide regimes. In plaats daarvan zal de Nederlandse rechter naar ons oordeel vooral moeten toetsen aan fundamentele rechtsbeginselen, waartoe uiteraard in de eerste plaats behoren de mensenrechten uit het EVRM en het IVBPR alsmede het Handvest van grondrechten van de Europese Unie, en aan strafvorderlijke principes die naar nationale maatstaven als fundamentele waarden worden begrepen. Toetsing aan buitenlands recht is daarmee niet volledig uitgesloten. Naleving van die regels kan van betekenis zijn voor de vaststelling dat aan fundamentele rechtsbeginselen is voldaan, of dat bewijsmateriaal als betrouwbaar mag worden beschouwd. Voor een verderstrekkende toetsing aan de details van Nederlandse of buitenlandse vormvoorschriften ontbreekt noodzaak en rechtvaardiging. Dit vloeit voort uit het door ons ingenomen standpunt dat niet iedere schending leidt tot een negatieve reactie. Dat geldt – het is hierboven gezegd – voor het Nederlandse opsporingsonderzoek; het geldt evenzeer voor in het buitenland ondernomen opsporingshandelingen. Kan met behulp van de bovengenoemde maatstaven een serieuze ongerechtigheid in de verzameling van het materiaal worden vastgesteld, dan zullen de rechtsgevolgen daarvan kunnen worden bepaald volgens hetzelfde schema dat zojuist is uiteengezet voor besmette Nederlandse onderzoeksresultaten.³²⁴

5.5 *De cassatierechter*

Het stelsel van rechtsmiddelen was voorwerp van onderzoek waarvan in ons derde interimrapport verslag is gedaan.³²⁵ Daarin zijn al enkele voorlopige uitgangspunten omtrent het rechtsmiddel cassatie neergelegd. Zo is in beginsel voorop gesteld dat de cassatierechter zijn bestaande tweeledige functie zou moeten behouden: enerzijds het bewaken van de eenheid van het recht, anderzijds het optreden als hoogste rechter in het geding. Bewaken van de rechtseenheid betreft vooral de controle op een juiste rechtstoepassing in individuele gevallen met het oog op uniforme uitleg en rechtsontwikkeling in het hele land. Dit wordt binnen ons onderzoeksproject zodanig belangrijk geacht, dat wij in principe zouden willen vasthouden aan een brede toegankelijkheid van de Hoge Raad voor de rechtszoekende. Kort samengevat betekent dit dat het systeem kan werken met bagatellendremfels, met een schriftuurverplichting, met een ruime toepassing van art. 81 RO en met een selectiefgebruik van het instrument van de ambtshalve cassatie, maar dat een verlostelsel vooralsnog minder aangewezen lijkt.^{326/327}

324 Uiteraard moet een uitzondering op dit model worden aanvaard indien bijzondere internationale verplichtingen daartoe nopen. In het deelrapport zijn daarvan enkele voorbeelden gegeven. Bovendien moet worden aangetekend dat het accent binnen de verschillende rechtsdoelen anders kan liggen dan in de nationale context.

325 M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, deelrapport 2, 'Het stelsel van gewone rechtsmiddelen' (E.F. Stamhuis), p. 199-328.

326 Wij tekenen afzonderlijk aan dat de voorlopige voorstellen de algemene strekking hebben om ook in de cassatiefase het contradictoire karakter van het strafgeding verder te profileren. Dat blijkt niet alleen uit de in de hoofdstuk genoemde voorbeelden, maar ook uit de aanbeveling om het openbaar ministerie bij de feitelijke instantie een recht op tegenspraak te geven in geval van een cassatieberoep door de verdachte (zie de vorige voetnoot, t.a.p. p. 304-305).

327 Voor de goede orde memoreren wij nog dat in het derde interimrapport ook is gepleit voor afschaffing van het verbod van cassatieberoep tegen vrijspraken (art. 430 Sv oud). Hierin is inmiddels door de wetgever voorzien (het artikel is vervallen bij wet van 31 oktober 2002, *Stb.* 2002, 539).

In deelrapport 4 hieronder, geschreven door E.F. Stamhuis, worden onze beschouwingen op dit terrein verder uitgediept. Tegen de achtergrond van rechtsvergelijken de gegevens en van empirisch onderzoeksmateriaal omtrent de praktijk van de rechtspleging in de cassatiefase zijn nadere voorstellen ontwikkeld omtrent de taak van de Hoge Raad, omtrent de toetsing in cassatie en omtrent de beslissingen die uit die toetsing kunnen voortvloeien.

Het taakbestanddeel ‘bevorderen van de rechtseenheid’ is onverminderd belangrijk. Ten aanzien van de uniforme uitleg van het materiële recht spreekt dit bijna voor zichzelf. Daarbij moet in het bijzonder ook worden gewezen op de essentiële rol van de hoogste rechter bij de eenvormige toepassing van de strafuitsluitingsgronden. In procesrechtelijke aangelegenheden is de opportuniteit van leiding en sturing door de cassatierechter in de loop der tijd zelfs sterk toegenomen. Diverse factoren dragen hieraan bij. We noemen hier trefwoordsgewijs de introductie van de rechtsterm ‘substantiële nietigheden’ en de opkomst en daarop volgende opmars van de zogenaamde beginselen van behoorlijke procesorde. Beide verschijnselen zijn te duiden als relativering van de betekenis van de geschreven wet als kompas voor de rechtspraktijk. Hetzelfde effect wordt in de hand gewerkt door transnationale ontwikkelingen. Containerbegrippen uit verdragsrechtelijke bronnen – ‘fair trial’ en ‘private life’ zijn evidente voorbeelden – vragen om dynamische interpretatie, waarbij sturing door de Hoge Raad niet kan worden gemist. En ook de uitbouw van EU-strafrecht wijst in die richting, getuige de typering van de rechter als een ‘juridische interface tussen Europa en de nationale rechtsorde’. Vooral ook op dit terrein zal de inbreng van de jurisprudentie bepalend zijn voor de mate waarin de aspiraties van de Europese regelgevers daadwerkelijk kunnen worden gerealiseerd.³²⁸ En ten slotte neemt de behoefte aan het bewaken van de rechtseenheid door de Hoge Raad toe door de royale discretionaire ruimte die de wetgever aan de rechter biedt om een passende sanctie te kiezen na een geconstateerd vormverzuim.³²⁹

Het zo zwaar aanzetten van de taak van de cassatierechter ten behoeve van de rechtseenheid leidt tot de vraag of niet met die opdracht kan worden volstaan. Wij zijn van oordeel dat dit niet het geval is en dat ook het taakbestanddeel om te fungeren als hoogste rechter in het geding³³⁰ dient te worden gehandhaafd. Daartoe worden drie principiële argumenten aangevoerd.

Ten eerste vraagt het open, op flexibiliteit gerichte karakter van de moderne normering van het procesrecht om een voortdurend toezicht op de naleving van de waarborgen van een ‘fair trial’. Als een procespartij stelt dat zijn recht op een eerlijk proces is geschonden, moet er een forum aanwezig zijn om zo’n claim te toetsen. Die toetsing moet in nationaal verband eindigen bij de cassatierechter. Met andere woorden: de waarborgfunctie van de Hoge Raad brengt met zich mee dat een partij moet kunnen klagen over (vermeende) fundamentele gebreken in

328 Zie bijvoorbeeld omtrent het nog te vaak onderschatte leerstuk van de richtlijnconforme interpretatie de beschouwing van F.G.H. Kristen, ‘Hoe Europa de strafrechter dirigeert. Over de betekenis van de richtlijnconforme interpretatie voor het strafrecht en de uitbreiding daarvan tot kaderbesluit en kaderwet’, in: *Glijdende schalen* (liber amicorum J. de Hullu), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 387-409.

329 Naar geldend recht: art. 359a Sv, een stand van zaken die binnen het project Strafvordering 2001 wordt ondersteund; zie deelrapport 3 hieronder.

330 De belangrijkste kenmerken hiervan zijn de suspensieve werking van het cassatieberoep en de bevoegdheid van de Hoge Raad om ten principale uitspraak te doen.

de gevolgde rechtsgang. Dat heeft het dubbele voordeel dat daarmee een goed verloop van de feitelijke rechtspraak kan worden verzekerd en er gaat een afslankende invloed van uit op de doorstroming van zaken naar internationale instanties als het EHRM.

Een tweede argument om de Hoge Raad ook in de toekomst te zien als de derde instantie in het geding wordt gevormd doordat als gevolg van het gegeven dat de hoogste feitenrechter aan controle onderworpen is, er extra prikkels bestaan voor een zorgvuldige en complete behandeling van de zaak in appel. Als afgeleide van dit argument kan bovendien worden gewezen op de omstandigheid dat daarvan een gunstig effect uitgaat op het gezag van de rechterlijke beslissing in feitelijke aanleg. Verwerping van een cassatieberoep na klachten van de justitiabele leidt tot een grotere legitimatie voor de daaraan voorafgaande fasen van de procedure. En zelfs het besef dat een uitspraak van de hoogste feitenrechter kan worden gecontroleerd draagt bij aan de maatschappelijke acceptatie daarvan, ook indien die mogelijkheid niet steeds wordt ingeroepen.

Het derde argument voor het handhaven van de dubbelrol van de Hoge Raad berust weer op de open structuur van moderne procesrechtelijke wetgeving. De ruimte die daarin per definitie aanwezig is voor een discretionaire beslissingsmarge – met onvermijdelijk daaraan verbonden arbitraire kanten – heeft tot gevolg dat de vragen van rechtseenheid op het gebied van processuele verzuimen zich veel moeilijker dan vroeger laten isoleren van de feitelijke context van het geval. Het (ineen)schuiven van de grenzen tussen feitelijke oordelen en rechtsoordelen doet zich overigens niet alleen voor op het terrein van de relatief open procesrechtelijke normen. In het deelrapport worden ook diverse voorbeelden genoemd van materieelrechtelijke beslissingen waarin abstract juridische uitkomsten sterk leunen op feitelijke aspecten van het geval, waardoor de tussenkomst van de Hoge Raad een gemengd karakter aanneemt.

De in het voorgaande besloten liggende relativering van het oude onderscheid tussen rechtsvragen en feitelijke vragen heeft intussen wel een keerzijde. Een te grote bemoeienis met feitelijke vaststellingen zou kunnen leiden tot druk op de rechtsvormende taak van de Hoge Raad en (dus) tot een sluipende uitholling van het cassatie-instituut. Dit risico kan anderzijds weer binnen de perken worden gehouden door gebruik te maken van het middel van de ‘voorafgaande beschouwingen’. Als de Hoge Raad op deze wijze voorafgaand aan de bespreking van de ingediende middelen zijn visie op het toepasselijke recht geeft, wordt de duidelijkheid gediend en kunnen de beide taakbestanddelen van de cassatierechter ieder een eigen heldere plaats krijgen. Vanzelfsprekend geldt hierbij als buitengrens dat de rechter niet op de stoel van de wetgever mag gaan zitten door in de voorafgaande beschouwingen passages te debiteren die noch uit de zaak zelf, noch uit de voorafgaande jurisprudentie voortvloeien.

De conclusie is dat er geen goede redenen zijn om wezenlijke veranderingen aan te brengen in de huidige taakopvatting van de cassatierechter. Dit kan ook positiever worden geformuleerd. Uit ons onderzoek blijkt dat een aantal systeem-bepalende keuzen uit het project Strafvordering 2001 aanleiding geven tot een zwaardere verankering van de tweeledige taak van de Hoge Raad, zoals die hiervoor is uiteengezet.

De taak van de Hoge Raad heeft natuurlijk gevolgen voor de aard en de omvang van de toetsing die in cassatie kan plaatshebben. De controlerende functie

van de cassatierechter wordt bovendien beïnvloed door andere uitgangspunten die binnen ons onderzoeksproject zijn verdedigd en uitgewerkt. Zo hebben wij vanaf het eerste interimrapport een sterke nadruk gelegd op het belang van interactie tussen de deelnemers aan het strafgeding. Teneinde het contradictoire karakter van het strafproces sterker te prononceren is steeds aangegeven dat de rechtsstrijd vooral betrekking dient te hebben op datgene wat de betrokkenen daadwerkelijk verdeeld houdt. De procedure zal namelijk aan kwaliteit winnen naarmate de aandacht wordt geconcentreerd op de punten waarover verdediging en openbaar ministerie het oneens zijn. Vanuit dit vertrekpunt zou volgens onze voorstellen ook de communicatie tussen de rechter en de rechtsgenoten moeten worden genormeerd. De rechter dient in zijn vonnis verantwoording af te leggen over de onderwerpen ten aanzien waarvan hij een andere beslissing neemt dan die waarop één van de deelhebbers aan het geding heeft aangedrongen. Deze lijn is vervolgens consequent doorgetrokken naar de fase van het hoger beroep. In ons concept van een ‘voortbouwend appel’ wordt het geding in beroep geconcentreerd op de bezwaren die door verdediging of openbaar ministerie worden ingebracht tegen de behandeling of de uitkomst van de eerste aanleg.³³¹ Maar het is geen grievenstelsel in strikte zin: de beroepsrechter behoudt een eigen verantwoordelijkheid voor een compleet en zorgvuldig onderzoek en kan ook ambtshalve, buiten aangevoerde klachten om, aanvullend onderzoek verrichten en andere beslissingen nemen dan waarop de deelnemers aan het proces hebben aangedrongen. Waar het nu om gaat is dat de geschetste opbouw van het procesverloop ook consequenties heeft voor de toetsing in cassatie. In beginsel kan de Hoge Raad namelijk alleen klachten beoordelen over kwesties die gedurende de appelfase aan de orde zijn geweest. Dit vloeit voort uit de aard der zaak. Indien in hoger beroep over een bepaald punt niets is aangevoerd, vastgesteld, beslist of gemotiveerd, zijn er eenvoudig voor de Hoge Raad onvoldoende aanknopingspunten om tot toetsing over te gaan.

Dit leidt wel tot de vervolgvraag of de toetsing in cassatie dan ook dient te worden beperkt tot klachten die in cassatiemiddelen naar voren worden gebracht. Die formulering gaat te ver. Naar ons oordeel zou – net als in appel – de aandacht van de Hoge Raad sterk dienen te worden gestuurd door de inhoud van de ingediende middelen. Er kan worden gewerkt op basis van het rechtsvermoeden dat er in beginsel geen schending van belangen heeft plaatsgehad terzake van onderwerpen waarover niet wordt geklaagd. Ingediende middelen dienen daarentegen inhoudelijk te worden beantwoord. De strekking van de respons wordt overigens mede bepaald door de taak van de Hoge Raad en het karakter van cassatierechtspraak: dit brengt met zich mee dat verwerping van middelen op gronden zoals thans verwoord in art. 81 RO alleszins aanvaardbaar is. De Hoge Raad behoudt evenwel – net als de appelrechter – ook een eigen verantwoordelijkheid voor de uitkomst van het strafgeding. Vandaar dat de bevoegdheid tot ambtshalve ingrijpen niet kan worden gemist.³³² De Hoge Raad dient deze bevoegdheid vooral in twee typen situaties te benutten. Ten eerste wanneer belangrijke vragen van rechtseenheid daartoe nopen. En ten tweede indien de cassatierechter op grond van de stukken van het geding vaststelt dat er sprake is van een

331 Met ook in deze fase van het proces een responsie- en een motiveringsplicht wanneer onderbouwde stellingen van de appellant van de hand worden gewezen.

332 Zie ook (de noot bij) HR 28 januari 2003, *NJ* 2003, 247 m.nt. PMe.

fundamentele unfairness in de gevolgde procedure of dat er een elementaire fout is gemaakt ten aanzien van het beslissingsschema van art. 348/350 Sv.³³³ Hierbij moet dan nog worden aangetekend dat de volgens velen bestaande gewoonte van de Hoge Raad om – indien alleen het openbaar ministerie beroep in cassatie heeft ingesteld – niet ambtshalve te casseren in het nadeel van de verdachte³³⁴, welbeschouwd geen in het recht verankerde grondslag heeft. Het is dan ook de vraag of deze gewoonte voor de toekomst als een pijler van het cassatiestelsel mag worden gezien.

Een andere rode draad binnen het project Strafvordering 2001 is dat de rechter tijdig en reëel verslag moet doen van de dialoog met de procespartijen. Concreet betekent dit dat – in afwijking van de thans bestaande praktijk – een uitgewerkt vonnis of arrest beschikbaar zou moeten zijn op het moment van de uitspraak. Alleen op die wijze kan de zelfcontrole gestalte krijgen, die geacht wordt van een motiveringsvereiste uit te gaan. En alleen zo krijgt de eveneens algemeen geaccepteerde explicatiefunctie méér dan theoretische betekenis.³³⁵ Indien de verplichting om de rechterlijke beslissing compleet uitgewerkt beschikbaar te hebben op het moment van de uitspraak ook in het wetboek wordt opgenomen voor de appelfase, biedt dit de mogelijkheid om de formele ontvankelijkheidstoetsing van het cassatieberoep voor een belangrijk deel bij de Hoge Raad weg te halen. Dan zou immers met name de naleving van de schrijftuiverplichtingen het beoordelen van de termijn voor het instellen van beroep kunnen worden beoordeeld door de appelrechter die zelf de bestreden beslissing heeft gegeven. Als er op deze punten iets niet in orde is, zou degene die cassatieberoep heeft ingesteld daarvan bericht kunnen krijgen op het adres dat hij bij het aanwenden van het rechtsmiddel voor dat doel heeft opgegeven. De sporadische gevallen waarin twijfel – of verschil van inzicht – bestaat over het naleven van de formaliteiten (bijvoorbeeld omtrent de vraag of een ingediend cassatiemiddel voldoet aan de technische eisen die daaraan worden gesteld)³³⁶ kunnen alsnog worden voorgelegd aan de Hoge Raad. Met deze aanpak zou op twee punten winst worden geboekt. Ten eerste neemt in alle zaken, die sinds 1 januari 2003 door de enkelvoudige kamer van de Hoge Raad definitief worden afgedaan, de doorlooptijd aanzienlijk af. En daarnaast wordt op deze wijze het verstrijken van de redelijke termijn vóór de indiening van de cassatieschrijftuur voorkomen. De huidige jurisprudentie – die het enkel klagen over de vertraging na de appelfase toelaat³³⁷ – beloont het ongericht schieten, hetgeen niet past bij de uitgangspunten van het stelsel van rechtsmiddelen.

Ten slotte wordt in het deelrapport aandacht besteed aan de beslissingen waartoe een beroep in cassatie kan leiden. Dat zijn er drie. Het cassatieberoep kan niet-ontvankelijk worden verklaard, het kan worden verworpen, of het bestreden vonnis of arrest kan worden vernietigd. Tot enige jaren geleden bepaalde art. 441

333 Een voor de hand liggend voorbeeld uit de laatste categorie is dat er een hogere of andere straf is opgelegd dan wettelijk is toegelaten.

334 Vergelijk H.A. van Borselen & G. Mintjes, 'Ambtshalve cassatie in strafzaken', in: *De derde rechtsgang nader bekeken. Opstellen aangeboden aan C. Bronkhorst*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 29-51.

335 Zie reeds G. Knigge, *Beslissen en motiveren (de art. 348, 350, 358 en 359 Sv)*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1980, met name p. 65-66.

336 Vgl. P. Mout, 'De beoordeling van cassatiemiddelen', in: *De derde rechtsgang nader bekeken*, a.w. p. 223-234; en de noot van J. de Hullu onder HR 2 maart 1999, *NJ* 1999, 739.

337 Zie onder andere HR 22 oktober 2002, *NJ* 2003, 155 m.nt. YB.

Sv vrij gedetailleerd wat er zou moeten gebeuren in geval van vernietiging. Bij cassatie wegens *schending van het recht* zou de Hoge Raad de zaak zelf kunnen afdoen of zou moeten worden ‘teruggewezen’ naar de eerder oordelende rechter. Als de vernietiging zijn grond vond in *verzuim van vormen*, dan zou de zaak steeds moeten worden ‘verwezen’ naar een ander rechtscollege. Dergelijke gedetailleerde afdoeningsregels hebben in de praktijk hun onwaarde meer dan bewezen.³³⁸ Het wetboek dient ruimte te verschaffen aan een afweging van in aanmerking komende belangen, waarbij bijvoorbeeld ook het gezichtspunt van de proceseconomie dient te worden verdisconteerd. Daarom bepleiten wij op dit punt voortzetting van het thans bestaande, geliberaliseerde open regiem. Het constateren van een fout dient los te staan van de vraag of een vervolg in de zin van verwijzing of terugwijzing op zijn plaats is. Wettelijke – formele – nietigheden kunnen een plaats houden binnen het wetboek, maar dit betekent niet dat het *eo ipso* ook *absolute* nietigheden zijn. Gelet op de omstandigheden van het geval moet ook een andere oordeel mogelijk zijn. Hervatting van het geding in feitelijke aanleg kan dus achterwege blijven als het zelf afdoen door de Hoge Raad opportuun is.

De beschouwingen over cassatie maken eens te meer duidelijk dat het onderzoeksproject Strafvordering 2001 niet zelfstandig is gericht op het vinden van mogelijkheden tot bezuinigingen. Hoewel van vele kanten wordt gewaarschuwd tegen een (nog steeds) dreigende overbelasting van de Hoge Raad, hebben wij weerstand geboden aan de daaruit voortvloeiende druk om te komen met vergaande voorstellen tot werklastvermindering. In het deelrapport worden daartoe in hoofdzaak twee samenhangende argumenten aangevoerd. Ten eerste is de hierboven omliggende taak van de Hoge Raad binnen de strafrechtspleging een onderdeel van zo grote waarde, dat taakversmalling naar ons oordeel een te grote prijs vormt enkel om de efficiëntie van het systeem te vergroten. En – ten tweede – er zijn andere en betere mogelijkheden. Binnen de door ons ontworpen uitgangspunten zijn er diverse meer geschikte aanknopingspunten om de werklast verder te rationaliseren. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op de doorwerking van de voorstellen omtrent het ‘voortbouwend appel’.

5.6 Bijzondere procedures

Het vijfde deelrapport, geschreven door A.E. Harteveld, gaat over bijzondere procedures. Daarmee worden alle procedures bedoeld die nietop de terechtzitting, maar in raadkamer worden gevoerd, alsmede de (neven)procedures op de zitting die een van de wettelijke grondvorm afwijkende regeling kennen. Dit is bij uitstek een onderwerp dat past binnen het project Strafvordering 2001, omdat het bestaande wetboek op dit terrein een sterk verbrokkelde beeld biedt, waarin nauwelijks inzichtelijke ordeningsmaatstaven zijn te ontdekken. Teneinde in deze lacune te voorzien, zijn uitgangspunten ontworpen die aan een nieuwe regeling ten grondslag kunnen worden gelegd.

Het eerste uitgangspunt heeft betrekking op de rol en de plaats van de raadkamer. De visie uit de tijd van het ontstaan van het huidige wetboek – waarin de raadkamer wordt gezien als een aparte eenheid van de rechtbank die gedurende

338 Daarom zijn de nieuwe afdoeningsregels al aanmerkelijk minder formalistisch; zie de laatste wijziging van – thans – art. 440 Sv bij wet van 3 april 2003, *Stb.* 2003, 143.

het vooronderzoek tamelijk geheim opereert – is al verlaten. Bij de herziening van de raadkamerprocedures in de jaren 90 van de vorige eeuw³³⁹ is reeds voorzien in een gedeeltelijke openbaarheid en in centrale processuele waarborgen als de volledige interne openbaarheid en het oproepen en horen van betrokkenen voordat een beslissing wordt genomen.³⁴⁰ Door deze hervorming is in wezen de grondslag vervallen van het onderscheid tussen de rechtbank en de raadkamer. Wij stellen daarom voor een stap verder te gaan op de reeds ingeslagen weg. Een werkelijk consequente regeling kan alleen tot stand worden gebracht op basis van het uitgangspunt dat alle bijzondere procedures worden behandeld door de rechtbank, op de openbare terechtzitting. Het is evident dat zo 'n voor het publiek toegankelijke en op tegenspraak ingerichte procedure ten overstaan van een onafhankelijke en onpartijdige rechter een optimum aan rechtswaarborgen biedt. Ten aanzien van de openbaarheid houdt dit voorstel een omkering in van de verhouding tussen regel en uitzondering. Naar geldend recht is de behandeling niet openbaar tenzij uitzonderingen aanwezig zijn; wij stellen voor om de openbaarheid tot norm te verheffen, waarvan kan worden afgeweken indien dit strikt noodzakelijk is met het oog op het belang van het onderzoek. Ook het belang van de verdachte en dat van eventuele derden kan hierbij in prangende situaties gewicht in de schaal leggen. Een technisch detail dat vermelding behoeft, is dat in dergelijke gevallen de afscherming van publiciteit verder zal moeten kunnen gaan dan het enkel sluiten van de deuren tijdens de behandeling. Ook het in het publiek uitroepen van de zaak moet onder omstandigheden immers achterwege kunnen blijven. Wij denken hierbij bijvoorbeeld aan de behandeling van het hoger beroep tegen een beslissing van de rechter-commissaris met betrekking tot een bedreigde getuige (art. 226b Sv). Uit dit voorbeeld kan overigens worden afgeleid dat de behoefte aan beperking van de openbaarheid doorgaans niet groot zal zijn. Het uitgangspunt brengt met zich mee dat onder andere ook de beslissingen over de voorlopige hechtenis in beginsel in het openbaar kunnen worden voorbereid en uitgesproken. Naar geldend recht is er op dit terrein al steeds een element van openbaarheid door de 100 dagen-grens. Gelet op de relatief marginale wijze waarop de feiten van de strafzaak in deze fase van het geding plegen te worden behandeld lijkt niets zich er tegen te verzetten dit uitgangspunt verder door te trekken. Behandeling in beslotenheid kan worden overwogen indien één van de hiervoor genoemde factoren pertinent aanwezig zijn.

Een tweede uitgangspunt houdt in dat connexe procedures zoveel mogelijk *gevoegd* ter terechtzitting dienen te worden behandeld. Naast proceseconomische overwegingen pleiten ook argumenten van kwaliteitsbevordering voor deze werkwijze. Zo zou de concentratiegedachte in vergelijking met het geldende recht consequenter worden uitgewerkt door de TUL-procedure en het geding omtrent de voordeelsontneming zoveel mogelijk te laten opgaan in de hoofdprocedure.³⁴¹ Een gevoegde behandeling – en niet, zoals in de vigerende praktijk vaak gebeurt, een zogenaamde gelijktijdige behandeling – dient ook plaats te hebben in geval van een pluraliteit van feiten of van deelnemers. Daarbij roepen we in herinnering dat één van de algemene doelstellingen van het onderzoeksproject Strafvordering

339 Wet van 8 november 1993, Stb. 591, i.w.tr. 1 januari 1994.

340 De waarborgen worden alleen gerelativeerd indien dit noodzakelijk is in het belang van het onderzoek; zie de formulering van art. 23 lid 5 Sv.

341 Van het openbaar ministerie mag dan worden gevergd dat het bij de dagvaarding kenbaar maakt dat het een desbetreffende vordering zal doen.

2001 is gelegen in het ontmaskeren en tegengaan van ficties en ‘etikettenzwendel’. In deze lijn past het om, meer dan thans in de dagelijkse praktijk gangbaar is, het voorschrift van art. 341 lid 3 Sv inhoudelijk te respecteren. Indien een of meer medeverdachten als getuige moeten worden gehoord, zal de behandeling daarom expliciet moeten worden gesplitst. In het wetboek van strafvordering dient wel te worden bepaald dat na een gevoegde behandeling van een zaak tegen meerdere verdachten, tegen ieder van hen afzonderlijk vonnis wordt gewezen. Ten aanzien van de voordeelsontneming zou de wet moeten voorzien in de mogelijkheid de behandeling van dat aspect voort te zetten na het wijzen van vonnis in de hoofdzaak.

Daarmee komen we toe aan het derde algemene uitgangspunt, inzake de wenselijke ruimte voor een zogenaamd ‘twee fasen-proces’. Wij zijn van oordeel dat het vragenschema van art. 348 en 350 Sv een zodanige innerlijke samenhang vertoont, dat het in beginsel onjuist zou zijn om één of enkele onderdelen daarvan af te splitsen en in een aparte, voorgezette procedure te behandelen.³⁴² De vraag bijvoorbeeld naar de op te leggen straf is zozeer verweven met de waardering van de ernst van het feit en de omstandigheden van het geval – zoals die naar voren komen en uitvoerig worden besproken in het kader van de eerste drie vragen van art. 350 Sv – dat het invoeren van een aparte procesfase ter bepaling van de straf bepaald moet worden ontraden.³⁴³ Naast de principiële argumenten die voor dit standpunt pleiten, is er ook het praktische en wetssystematische voordeel van het ongedeelde proces dat de zaak ten aanzien van de rechtsmiddelen één geheel blijft vormen. Niettemin zijn er drie typen gevallen waarin op grond van bijzondere omstandigheden moet worden aangenomen dat de voordelen van het afsplitsen van een deelvraag uit het beslissingsschema opwegen tegen de nadelen daarvan.

Dat kan ten eerste het geval zijn in relatie tot de voordeelsontneming. Wij hebben voorop gesteld dat deze kwestie in beginsel gevoegd met de hoofdzaak dient te worden berecht en afgedaan. Maar soms kan het bepalen van de omvang van het wederrechtelijk genoten voordeel dermate gecompliceerd zijn dat het handhaven van die koppeling tot een onaanvaardbare vertraging zou leiden. In dergelijke situaties zou de rechter de bevoegdheid dienen te hebben dit onderdeel af te splitsen van de hoofdzaak. Uiteraard brengt dit met zich mee dat de latere beslissing afzonderlijk vatbaar wordt voor hoger beroep.

Het tweede geval betreft de in de rechtspraktijk bekende problemen rond de weigerende observandus. Het gaat hierbij om de situatie waarin een verdachte ontkent zich schuldig te hebben gemaakt aan het telastegelegde feit en om die reden weigert mee te werken aan psychiatrische of gedragskundige rapportage.³⁴⁴ Die

342 Dit inzicht, dat gelijke betekenis toekomt voor het twee fasen-proces en voor het zogenaamde concentratiebeginsel (art. 406 en 428 Sv), is eertijds op nog altijd pregnante wijze onder woorden gebracht door A.L. Melai, in zijn annotatie onder HR 14 mei 1974, *NJ* 1974, 468: ‘Afgezien van de onwenselijkheid van (...) vertraging met het oog op de functie van het strafproces en de uiteenlopende daarbij betrokken belangen, dient desintegratie van het onderzoek vooral ook te worden vermeden met het oog op de deugdelijkheid van de in de art. 348 en 350 Sv van de rechter gevorderde beslissingen, die op grond van de genoemde bepalingen dienen te worden gewezen naar aanleiding van het – in het bewustzijn van de rechter liefst niet verbleekte – onderzoek op de terechtzitting.’

343 Zie hieromtrent ook de vrijwel onbekende, maar wel degelijk genuanceerde beschouwing van N.W. Klaasse, *De splitsing van het eindonderzoek in het strafproces* (diss. Utrecht), Tilburg: H. Gianotten 1963.

344 Zie hieromtrent ook T.I. Oei, ‘De ‘ontkennende’ verdachte als onderzochte door Justitie’, in: T.I. Oei & A.M. van Kalmthout (red.), *Psychiatrie & Justitiabelen*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 47-52.

proceshouding van de verdachte is alleszins te begrijpen, maar kan naar geldend recht leiden tot problemen bij een zorgvuldige rechterlijke beslissing omtrent de op te leggen sanctie, vooral indien het delict en de beschikbare informatie omtrent de verdachte aanleiding zouden geven om het opleggen van een terbeschikkingstelling te overwegen. In die situatie kan een 'knip' in het beslissingsschema uitkomst bieden. De bewijsbeslissing³⁴⁵ kan bij tussenvonnis worden uitgesproken, waarna de verdachte de gelegenheid krijgt om zijn procespositie ten aanzien van de rapportage te heroverwegen. Daarna kan alsnog een optimaal voorbereide beslissing omtrent het sluitstuk van art. 350 Sv volgen. Wij tekenen hierbij wel aan dat in dit scenario de zaak voor wat betreft de rechtsmiddelen bij elkaar zou moeten blijven.

Det derde mogelijkheid waarin de zaak naar ons oordeel gefaseerd kan worden afgedaan vloeit eveneens voort uit de proceshouding van de verdachte. Van een ontkennende verdachte kan moeilijk worden gevergd dat hij zich onbevangen uitlaat over de vordering van de bandeelde partij. Ook hier geldt dat een rechterlijke tussenbeslissing omtrent de bewijsvraag voor de verdediging een nieuwe situatie kan scheppen, waarna een contradictoir debat over de schadevergoeding skwestie op een zinnvoller wijze kan worden gevoerd. Anderzijds wordt in het deelrapport gemotiveerd aangegeven dat een aparte schadestaatprocedure als vervolg op een strafrechtelijke einduitspraak niet kan worden aanbevolen. In voorkomende gevallen verdient de bestaande oplossing van verwijzing naar de civiele rechter de voorkeur.

Ten slotte dient de regeling omtrent de rechtsmiddelen bij bijzondere procedures te worden heroverwogen. Wij stellen voor om aan te sluiten bij het bestaande uitgangspunt, gebaseerd op het onderscheid tussen de verschillende soorten beslissingen die in art. 138 Sv zijn vermeld. Voor eindbeslissingen gegeven na de berechting zou dan moeten gelden dat een rechtsmiddel openstaat, behoudens uitzonderingen gerelateerd aan de uitkomst van de zaak (het belang). Tussenbeslissingen kunnen – als voorheen³⁴⁶ – worden aangevochten op hetzelfde moment en op gelijke wijze als de eindbeslissing. Ten aanzien van de overige rechterlijke beslissingen zouden we het bestaande verschil tussen art. 445 en art. 446 Sv willen opheffen. De hoofdregel van art. 445 zou zowel ten aanzien van de verdediging als voor het openbaar ministerie moeten gelden. Dat wil zeggen dat deze rechterlijke beslissingen aan een rechtsmiddel zijn onderworpen indien en voorzover dat in de wet is bepaald. Dit vereist een afweging per geval. Zoals steeds binnen dit onderzoeksproject, geven wij aan langs welke lijnen de afweging van in aanmerking komende belangen dient te verlopen. Als relevante parameters worden in het deelrapport aangewezen: het belang van de beslissing voor de betrokken partij, de behoefte aan garanties voor de rechtseenheid op een bepaald terrein, en de doelmatige aanwending van rechterlijke zittingscapaciteit. Als contra-indicatie moet steeds het nadeel voor een spoedige afwikkeling worden meegewogen.

345 Uiteraard voorzover van toepassing aangevuld met beslissingen over eventuele strafuitsluitingsgronden.

346 Vergelijk art. 406 en 428 Sv.

5.7 *Schadevergoeding in verband met strafvorderlijk overheidsoptreden*

Het probleem is betrekkelijk helder. Strafvordering gaat vaak gepaard met het uitoefenen van ingrijpende bevoegdheden. Daardoor kunnen rechten en belangen van burgers, zowel van verdachten als van niet-verdachten, worden getroffen. De dogmatiek van het strafprocesrecht is er op gericht om onevenredige of onrechtmatige inbreuk op de rechtssfeer van de justitiabele zoveel mogelijk te vermijden, en waar dit niet haalbaar blijkt te redresseren. Twee elementen springen daarbij in het oog. De aandacht is gericht op *onrechtmatig* optreden en redres wordt vooral gezocht in de publiekrechtelijke context van het vragenschema van art. 348 en 350 Sv.³⁴⁷ Binnen de traditionele strafprocesrechtelijke doctrine is evenwel aanmerkelijk minder systematisch ingegaan op de vraag wat er moet gebeuren indien het strafvorderlijke optreden van de overheid – ongeacht of dit uiteindelijk als rechtmatig of onrechtmatig dient te worden bestempeld – leidt tot vermogensschade bij burgers. Het vigerende wetboek biedt een antwoord voor enkele veel voorkomende vormen van financieel nadeel. Bekend zijn de schadevergoedingsregeling in verband met de voorlopige hechtenis (art. 89 e.v. Sv), de bepalingen omtrent gemaakte proceskosten (art. 591 e.v. Sv) en de vergoeding in verband met bevelen tot uitlevering of overbrenging van voorwerpen (art. 592 Sv). Valt geleden schade buiten het bereik van deze opvallend gefragmenteerde voorzieningen, dan kan de justitiabele zich wenden tot de burgerlijke rechter. Is deze van oordeel dat de overheid onrechtmatig heeft opgetreden, dan kan het nadeel langs deze weg worden verhaald.

In deelrapport 6 wordt het geldende recht op dit terrein geïdentificeerd. De schrijver daarvan, N.J.M. Kwakman, behandelt de vraag of er binnen het Wetboek van Strafvordering een algemene schadevergoedingsregeling zou moeten komen, op grond waarvan iedere burger die schade heeft geleden als gevolg van strafvorderlijk optreden van de overheid, een claim zou kunnen indienen bij de strafrechter.³⁴⁸ In dit verband wordt voorop gesteld dat in het bestaande stelsel de civiele rechter het voortouw heeft genomen. De wet biedt thans nauwelijks aanknopingspunten om te bepalen onder welke omstandigheden schadevergoeding dient te worden betaald. En als schadevergoeding verschuldigd is, geeft de wet evenmin aanwijzingen voor het vaststellen van de hoogte daarvan. De burgerlijke rechter heeft daarom zelf jurisprudentierecht tot stand gebracht waarin over beide kwesties uitsluitend wordt gegeven. Het resultaat daarvan is, in grote lijnen samengevat, dat strafvorderlijk overheidsoptreden in drie typen situaties als onrechtmatig wordt aangemerkt: *a.* als het optreden in strijd was met geschreven of ongeschreven regels van procesrecht; *b.* indien de gewraakte handelingen weliswaar op zichzelf rechtmatig waren, maar de daaruit voortvloeiende schade voor de individuele gedupeerde onaanvaardbaar moet worden geacht³⁴⁹; en *c.* als de handelingen op het moment van ingrijpen onberispelijk waren, maar de

347 Zie ook paragraaf 5.4 hierboven (en deelrapport 3 hieronder) omtrent de rechtsgevolgen van onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek.

348 Zie ook de aanzienlijk uitvoeriger rapportage van dezelfde auteur in diens proefschrift: *Schadecompensatie in het strafprocesrecht* (diss. Groningen), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2003.

349 Een representatief voorbeeld hiervan wordt gevormd door HR 30 maart 2001, *NJ* 2003, 615 m.nt. MS.

rechtvaardiging daarvoor achteraf komt te vervallen als gevolg van een latere eindbeslissing in de strafzaak. Het is van belang om vast te stellen dat de civiele rechter hier alleen een billijk resultaat kan bewerkstelligen door zijn toevlucht te zoeken in *constructies*. Het onder *c* genoemde geval is immers een constructie van ‘onrechtmatigheid ex post’. Derechtaardigingsgrond voor het strafvorderlijke ingrijpen valt weg als de verdachte later in de procedure zijn onschuld kan aantonen. In feite ontstaat daarmee een pure risicoaansprakelijkheid voor de overheid. En in de sub *b* bedoelde situatie wordt de constructie van de ‘gelijkheid voor publieke lasten’ gehanteerd. Dit berust op een moeilijk voorspelbare toepassing van het gelijkheidsbeginsel, waarbij de notie van het ‘normale maatschappelijke risico’ impliciet als een correctiefactor figureert.

Het is niet onze taak om de burgerlijke rechter te kritiseren vanwege de wijze waarop hij roeit met de riemen die hem ter beschikking zijn gesteld. De analyse leidt wel tot de conclusie dat de huidige stand van zaken vanuit strafvorderlijk oogpunt voor verbetering vatbaar is. Uit het vorenstaande vloeien immers goede redenen voort om aan te sturen op een algemene schadevergoedingsregeling in het Wetboek van Strafvordering. Één van die redenen is dat zo’n wettelijke regeling systematisch kan voorzien in het voor dit onderwerp zo belangrijke onderscheid tussen enerzijds de toelaatbaarheid van strafvorderlijk overheidsoptreden als zodanig en anderzijds de vraag voor wiens rekening de daardoor veroorzaakte schade moet komen.

De toelaatbaarheid van strafvorderlijk optreden als zodanig wordt mede beheerst door het uitgangspunt dat burgers niet *onnodig* behoren te worden belast met handelingen die schade veroorzaken. Daarom dient aan ieder ingrijpen een belangenafweging vooraf te gaan, onder andere in de sleutel van het proportionaliteits- en het subsidiariteitsbeginsel. Van groot gewicht is nu dat deze afweging van doelen en middelen in het wetboek grotendeels is voorgestructureerd. Wordt voldaan aan de wettelijke voorwaarden en zijn de normen van ongeschreven recht in acht genomen, dan is het optreden gerechtvaardigd en zijn de inbreuken op individuele rechten als rechtmatig aan te merken. Maar dan komt de tweede kwestie aan de orde. Ook als er sprake is van de minst belastende en dus rechtens toelaatbare schending van rechten van verdachten of derden, kan de daardoor veroorzaakte schade voor individuele gedupeerden zo disproportioneel zijn, dat de schade (deels) behoort te worden gecompenseerd. Met nadruk dient nu te worden vastgesteld dat de maatstaven die moeten worden aangelegd om te bepalen of dit het geval is, *andere* zijn dan de criteria die gelden om de rechtmatigheid van de strafvorderlijke interventie te toetsen. Wij zijn van oordeel dat het wetboek ook systematisch moet voorzien in een voorstructurering van de afweging van in aanmerking komende belangen ten aanzien van de schadecompensatie. Daarin dient een goede balans te worden gevonden tussen particuliere belangen van gedupeerden enerzijds en de algemene (financiële) belangen van de overheid anderzijds³⁵⁰, waarbij tevens overwegingen van rechtvaardigheid en doelmatigheid alsmede enkele correctiefactoren in de afweging moeten worden betrokken.

350 Het gaat niet alleen om budgettaire belangen van de overheid. Zo moet bijvoorbeeld ook het risico worden vermeden dat het strafrechtelijk systeem verlamd zou raken als gevolg van de vrees voor onoverzienbare financiële consequenties van rechtmatige uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden.

In het deelrapport worden vervolgens de contouren aangegeven van het in het wetboek vast te leggen kader. Wij tekenen aan dat de wetgever kan volstaan met het bepalen van de grote lijnen, die nader kunnen worden geconcretiseerd in lagere wet- en regelgeving. Tot die grote lijnen moet in ieder geval worden gerekend het afbakenen van de criteria die een rol spelen bij de beslissing om al dan niet tot compensatie over te gaan. Wij noemen in dit verband voorbeeldsgewijs de volgende maatstaven: de mate waarin de gedupeerde zelf hetschadeveroorzakende strafvorderlijke optreden – of de gevolgen daarvan – over zichzelf heeft afgeroepen; de leefomstandigheden en de maatschappelijke positie van de gedupeerde, die met zich mee kunnen brengen dat de ‘strepitus fori’ (zweepslag van het recht) hem bijzonder treft; de mate waarin een gevaarzettende handeling zo risicovol is dat de aanmerkelijke kans dat het gevaar zich verwezenlijkt voor rekening van het strafrechtelijk systeem dient te blijven. De regeling zou daarnaast ook financiële grenzen moeten bevatten. Het ligt voor de hand om daarbij een minimum (bagatelschade wordt niet vergoed) en een maximum vast te stellen, en apart te voorzien in een vast (forfaitair) bedrag voor immateriële schade als gevolg van welomlijnde categorieën strafvorderlijke maatregelen, zoals een gefixeerde som voor elke dag vrijheidsberoving van een gewezen verdachte in het kader van de preventieve hechtenis.³⁵¹

Het voorgestelde stelsel is dus aanmerkelijk meer berekenbaar dan het geldende recht. De omstandigheid dat de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding wordt vastgesteld volgens een vaste set van criteria in plaats van het huidige ‘arbitrium des rechters’, heeft ook een belangrijke procedurele implicatie. Concrete verzoeken tot schadevergoeding kunnen namelijk in het door ons aanbevolen stelsel voor het overgrote deel worden afgedaan door de officier van justitie. Alleen bij blijvende onenigheid tussen de betrokkenen zou een oordeel van de rechter nodig blijven. De strafrechter wordt in dit model dus beschouwd als het sluitstuk van de rechtsbescherming.

Ten slotte wordt aandacht besteed aan de verhouding tussen de regeling omtrent schadecompensatie in het strafprocesrecht en de procedure bij de civiele rechter. De voorgestelde strafvorderlijke voorziening dient in beginsel een *exclusief* karakter te hebben. In het wetboek zou expliciet moeten worden bepaald dat schade ten gevolge van *rechtmatig* strafvorderlijk overheidsoptreden, *beoordeeld naar het tijdstip van handelen*, slechts op grond van deze regeling kan worden vergoed. De gekozen formulering heeft twee implicaties. Ten eerste wordt daardoor voor de toekomst de weg afgesneden van de constructie van ‘onrechtmatigheid ex post’: een rechtmatige handeling kan zijn rechtvaardiging niet langer achteraf verliezen op grond van een de verdachte exonererende uitkomst van het strafgeding. De andere implicatie is evenwel dat de gang naar de burgerlijke rechter – uiteraard – open blijft staan indien de justitiabele van mening is dat er een onrechtmatige daad is gepleegd, met andere woorden: als de overheid in strijd met de voorschriften heeft gehandeld of als er, alles afwegende, evident niet is gekozen voor de minst belastende en dus rechtens toelaatbare inbreuk op rechten en vrijheden van de burger.

351 Bij de nadere uitwerking van de hier bedoelde kaderregeling kan de wetgever profiteren van criteria die in het bestuursrecht en in buitenlandse stelsels van strafprocesrecht zijn ontwikkeld. In het deelrapport wordt dit inhoudelijk toegelicht.

6 Reacties op onze voorstellen: een reply to critics

6.1 Inleiding

Het onderzoeksproject Strafvordering 2001 beoogt de wetgever materiaal aan te reiken waarmee een geïntegreerde herziening van het Wetboek van Strafvordering ter hand kan worden genomen. De systematische uitgangspunten die binnen het project zijn ontwikkeld en uitgewerkt, zijn naar hun aard gericht op het werk van de wetgever. Maar het is duidelijk dat onze onderzoeksresultaten daarnaast een ruimer forum aanspreken. Reflectie op de grondslagen van de strafvordering maakt, als het goed is, ook het hart van de strafrechtswetenschap. Daarom is het niet verwonderlijk dat gedurende de looptijd van het project er in toenemende mate in de literatuur aandacht is besteed aan onze aanbevelingen en de onderbouwing daarvan. Wij hebben die kritische discussie ook zelf uitgelokt en gestimuleerd, onder andere door de jaarlijkse congressen waarop de onderzoeksresultaten zijn gepresenteerd.³⁵² Andere vakgenoten hebben een belangrijke bijdrage aan het publieke debat geleverd door bijeenkomsten te organiseren met als doelstelling te komen tot aanzetten voor een alternatieve strafvorderlijke agenda.³⁵³ Daarnaast zijn er allerlei verspreide publicaties verschenen waarin onderdelen van het project zijn becommentarieerd.

Het is passend om de reacties op ons werk hier in hoofdlijnen te bespreken. Kritiek kan louterend zijn. Kritiek noopt immers tot heroverweging van ingenomen standpunten, hetgeen kan leiden tot bijstelling van de voorstellen³⁵⁴ of tot verdieping van de argumentatie voor ongewijzigde opvattingen. In de navolgende paragrafen worden de voornaamste bedenkingen die tegen onze ideeën zijn ingebracht gegroepeerd aan de orde gesteld. Wij zullen daarbij nogmaals ingaan op de status van de ‘kernprofielen’ van de deelnemers aan het strafgeding (paragraaf 6.2) en op de achtergrond van het zogenoemde drie sporen-model (paragraaf 6.3). En er zal verhoudingsgewijs veel aandacht worden besteed aan de reacties op onze voorstellen inzake de rechtsmiddelen. Daarbij zal binnen dit hoofdstuk het zwaartepunt liggen bij de behandeling van kritiek op onze ideeën omtrent het hoger beroep (6.4).

Voorafgaand aan een inhoudelijke bespreking van de naar voren gebrachte bezwaren maken wij evenwel enkele algemene opmerkingen. De eerste daarvan betreft de afbakening van het terrein dat in dit hoofdstuk wordt bestreken. Hierboven is reeds uitvoerig stilgestaan bij de taak van de wetgever in het strafvorderlijke domein (zie hoofdstuk 2). Wij zijn van oordeel dat een onderzoeksproject als Strafvordering 2001 begint en eindigt met het legaliteitsbeginsel.³⁵⁵ Daarom is

352 De voordrachten voor de plenaire sessies van de congressen zijn gepubliceerd in *Delikt en Delinkwent*. Zie *D&D* 2000, p. 220 e.v.; *D&D* 2001, p. 251 e.v.; *D&D* 2002, p. 221 e.v.; en *D&D* 2003, p. 675 e.v.

353 Zie C.H. Brants, P.A.M. Mevis & E. Prakken (red.), *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratiebron in de 21^{ste} eeuw*, Antwerpen/Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen 2001; en C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

354 Zie voor een voorbeeld paragraaf 2.5.1 van dit Algemeen deel, waarin we een gewijzigd idee hebben gepresenteerd omtrent de gevallen waarin voorlopige hechtenis is toegelaten.

355 Aldus G. Knigge, ‘Een leerzame geschiedenis; over legaliteit in ons strafproces’, *D&D* 2003, p. 697.

de kritiek die op onze eerdere opmerkingen terzake naar voren is gebracht al inhoudelijk meegenomen in hoofdstuk 2. Wij hoeven hierop thans niet meer terug te komen.³⁵⁶ Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor kanttekeningen bij de voorstellen omtrent de cassatie. De belangrijkste tegenwerpingen worden besproken in het desbetreffende deelrapport, zodat daaraan in dit Algemeen deel voorbij kan worden gegaan.

De tweede vooropmerking heeft betrekking op het algemene eindoordeel over de opbrengst van het onderzoeksproject. Vanuit de onderzoeksgroep is al eerder gesignaleerd dat nog zo weinig vakgenoten oomwonden een oordeel hebben uitgesproken over de vraag of de resultaten van Strafvordering 2001 alles bijeen genomen als superieur moeten worden beschouwd aan het bestaande stelsel van strafvordering.³⁵⁷ Terwijl dat toch uiteindelijk de vraag is waar alles om draait! Heeft het project een duidelijk betere structuur opgeleverd dan die van het vigerende wetboek, dan is er alle reden om tot ingrijpende herziening van het geldende recht over te gaan. Wij stellen vast dat voorzover die vraag in de literatuur wel expliciet aan de orde is gesteld, het antwoord tot dusverre overwegend positief is uitgevallen.³⁵⁸

In het verlengde hiervan staan we nog een ogenblik stil bij de vraag op welke wijze – of langs welke weg – kan worden bereikt dat de hoofdlijnen van onze voorstellen zo veel mogelijk coherent in nieuwe wetgeving kunnen worden vertaald. Daarover is reeds van verschillende kanten betoogd dat er in het actuele politieke klimaat een risico bestaat dat de budgettair meer aantrekkelijk voorstellen voorshands worden overgenomen terwijl de financieel wat duurdere ideeën blijven liggen. Het behoeft geen betoog dat zo'n bedrijfseconomische benadering geen recht zou doen aan de strekking van het onderzoeksproject.

In de marge van de vraag naar de beste mogelijkheden tot implementatie van de opbrengst van 'Strafvordering 2001' wijzen we nog op een ander risico, ontleend aan de Engelse ervaringen op dit punt. Ook in het Verenigd Koninkrijk is onlangs een belangrijk deel van het strafrechtelijk systeem doorgelicht met het oog op het tot stand brengen van samenhangende hervormingen. De aanleiding tot deze exercitie waren vijf ontwikkelingen, die uiterst lapidair als volgt kunnen worden samengevat³⁵⁹: 1. Stijgende misdadcijfers; 2. De wens om de rechtspositie van de verdachte in strafzaken te verstevigen (Straatsburg); 3. De roep om een sterkere positie voor slachtoffers in het strafrecht; 4. De noodzaak om een betere normering te bewerkstelligen van nieuwe opsporingsmethoden; en 5. Onveiligheidsgevoelens bij het grote publiek. De zogenaamde 'Review' werd uitgevoerd onder leiding

356 Wij attenderen ook nogmaals op de bijdrage van C.P.M. Cleiren, 'De wetgever aan zet', in: C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen*, a.w. p. 55-79. De opmerkingen van deze auteur zijn deels besproken in paragraaf 2.4 hierboven en worden voor het overige in methodologisch opzicht aan de orde gesteld in het Algemeen deel van ons derde interimrapport.

357 Zie M.S. Groenhuijsen, 'Het Wetboek van Strafvordering vóór 2001 en daarna', *D&D* 2003, p. 693.

358 Zie G.J.M. Corstens, 'Strafvordering 2001', *NJB* 2003, p. 1165; en S.A.M. Stolwijk, 'Strafvordering 2001', *D&D* 2003, p. 675-677. Anders: Petra van Kampen, 'De verborgen agenda van Strafvordering 2001', *Advocatenblad* 2003, p. 991-993. Wij tekenen slechts aan dat wij nergens in deze opiniebijdrage enige aanwijzing hebben gevonden waaruit die 'verborgen agenda' dan zou bestaan.

359 Zie hieromtrent J.R. Spencer, 'An English Lawyer's reactions to Strafvordering 2001', in: C.H. Brants e.a. (red.), a.w. 2003, p. 32-33.

van Lord Justice Auld en leidde tot niet minder dan 328 aanbevelingen.³⁶⁰ Uiteraard gaat het hier niet om de inhoud van die aanbevelingen.³⁶¹ Voor het onderwerp van dit hoofdstuk is belangrijker om na te gaan welke vakmatige reacties de rapporten hebben uitgelokt en waartoe dat heeft geleid. Welnu, de strafrechtsspecialisten in het Verenigd Koninkrijk hebben overwegend tamelijk behoudend gereageerd op de 'Review'. Zo ongeveer alle hervormingsvoorstellen waarmee een doelmatiger tijdbesteding wordt nagestreefd en bijna iedere aanbeveling om bestaande rechtswaarborgen in bepaalde omstandigheden te relativeren werden door rechtsgeleerde schrijvers vrij dogmatisch van de hand gewezen. Spencer wijst er op dat dergelijke geharnaste oppositie contra-productief kan zijn. In het Verenigd Koninkrijk heeft dit er bijvoorbeeld toe bijgedragen dat de overheid wetsvoorstellen heeft ingediend die aanzienlijk verder gaan dan de Auld Review in het schrappen van rechtswaarborgen van de verdediging. Spencer zegt hiervan dat we de les moeten trekken dat het betere de vijand van het goede kan zijn.³⁶² Dat lijkt ons juist. Natuurlijk signaleren we dit niet teneinde kritiek op ons eigen werk te ontmoedigen of in een ongunstig daglicht te plaatsen. Maar het lijkt ons wel van belang om steeds te blijven beseffen dat ook het project Strafvordering 2001 is opgezet en uitgevoerd omdat er echte problemen zijn die dringend om een oplossing vragen. Het ontkennen van de problemen of het categorisch afwijzen van iedere op doelmatigheid gerichte verandering kan dan gemakkelijk een ander – minder wenselijk – effect hebben dan de pleitbezorgers van handhaving van de *status quo* voor ogen hebben.

6.2 De kernprofielen van de deelnemers aan het geding

Vooraf gedurende het laatste jaar van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 is er van diverse kanten kritiek naar voren gebracht op de wijze waarop wij zijn omgesprongen met de zogenoemde kernprofielen van de deelnemers aan het geding. Wij zouden de profielen te zwaar hebben aangezet, wij zouden er teveel consequenties aan hebben verbonden.

Is dit inderdaad het geval? In hoofdstuk 3 hierboven is reeds samengevat wat de aard en de status van de profielen is binnen dit onderzoeksproject. Het zijn *ijkpunten* die structuur moeten bieden aan een altijd veranderlijke positiefrechtelijke regeling van ogenschijnlijk uiteenlopende onderwerpen. De profielen moeten dus een brug kunnen slaan tussen die onderwerpen. Vandaar dat we ook hebben gesproken over *verschijningsvormen van de systeembepalende gezichtspunten* die binnen het project zijn ontwikkeld. Als 'ijkpunten' en 'verschijningsvorm' van

360 *Review of the Criminal Courts of England & Wales, by the Right Honourable Lord Justice Auld*, London: the Stationary Office, October 2001 (www.criminal-courts-review.org.uk).

361 Een aantal van de belangrijkste daarvan zijn verwerkt in de rechtsvergelijkende beschouwingen van onze deelrapporten.

362 J.R. Spencer, *a. w.* p. 42: 'The lesson from this, I believe is that court time is a precious resource, overloading is a real and serious problem for the criminal courts, and that the most reasonable solution is to devise a range of different procedures, with varying degrees of safeguards, to deal with cases of varying degrees of seriousness – as proposed, in fact, in Strafvordering 2001. I believe it is unrealistic to oppose this type of scheme on the ground that all the safeguards present in the heaviest form of procedure are essential. And the practical result of such opposition could be that the Government devises a scheme for dealing with the problem that is more brutal, and less protective of the defendant's rights. In criminal procedure, as elsewhere, the best can be the enemy of the good.'

gezichtspunten' moeten de profielen in twee verschillende domeinen praktisch een rol spelen: ze vormen piketpalen die de wetgever in acht moet nemen bij het normeren van de strafvordering, en ze omlijnen de buitengrenzen van de handelingsruimte van de procesdeelnemers.

Tot zover onze eerdere beschouwingen over dit punt. Kennelijk zijn wij onvoldoende duidelijk geweest. Prakken bijvoorbeeld oordeelt dat wij de profielen van procesdeelnemers centraal hebben gesteld als basis van het gehele onderzoek, 'en die aanpak is problematisch'.³⁶³ Zij vraagt zich af of vanuit de inquisitoire basisstructuur de profielen van procesdeelnemers 'zo'n centrale positie kunnen innemen, met als onvermijdelijk gevolg dat ze tegenover elkaar worden geprofileerd'. Rechtsposities grijpen immers nogal in elkaar en de ene procespositie is daarom sterk afhankelijk van een andere. Wij zouden dit over het hoofd hebben gezien: 'Dat onderling in elkaar grijpen van de rechten en normen die het optreden van de procesdeelnemers beheersen lijkt zich niet al te goed te verdragen met het tegenover elkaar profileren van hun rolposities.'³⁶⁴

Twee punten moeten worden besproken. In hoeverre vormen de profielen de basis van het onderzoeksproject en in welke mate zijn de geschetste rolprofielen onafhankelijk van elkaar? Ten aanzien van de eerste vraag kan op grond van de vormgeving van de eerdere interimrapporten verwarring zijn ontstaan. In het eerste interimrapport zijn de premissen geformuleerd van waaruit het gehele onderzoeksproject is opgezet. Deze premissen betreffen het theoretisch kader en daarnaast voorlopige keuzen en uitgangspunten, die in het desbetreffende Algemeen deel zijn verantwoord.³⁶⁵ Op basis daarvan heeft het onderzoek vorm gekregen en is onderwerpsgewijs nagegaan hoe de strafrechtelijke procedure systematisch het beste zou kunnen worden genormeerd. De hierbij bereikte resultaten zijn vervolgens teruggekoppeld naar het algemene referentiekader. Het leek – en lijkt – handig om de beschouwingen omtrent de bijzondere onderwerpen van de gedingvoering op een meer procestheoretisch niveau te integreren door eenheidsnoemers te reconstrueren van waaruit het gehele bouwwerk ('het systeem') kan worden begrepen. Dat is – nu eens vanuit een andere optiek aangegeven – de plaats en de functie van de kernprofielen. De kernprofielen zijn dus geen axiomata die langs deductieve weg onze visie op het onderzoek ter zitting hebben bepaald, maar zij zijn in zekere zin ontleend aan inductieve generalisaties van de voorgestelde procesrechtelijke normering. Deze werkwijze is in de opvolgende projectjaren voortgezet. Vanuit het genoemde theoretisch kader en de bijbehorende keuzen en uitgangspunten zijn ook de voorbereidende fase van het strafgeding en de fase van de rechtsmiddelen bestudeerd. Daarbij zijn de resultaten ten aanzien van het onderzoek ter zitting als vertrekpunt genomen. De standpunten die in de latere interimrapporten zijn bepleit, hebben vervolgens aanleiding gegeven tot aanscherping en nadere invulling van de in het eerste jaar tentatief ontwikkelde kernprofielen. Hiervan is verslag gedaan in hoofdstuk 3 hierboven. Tegen deze achtergrond moeten wij vaststellen dat Prakken méér *zelfstandige* betekenis toekent aan de

363 E. Prakken, 'Over Strafvordering 2001, een voorlopige balans', *D&D* 2003, p. 726-727.

364 E. Prakken, *a.w.* p. 627, en even verderop: '... de afbakening van een serie onderling nogal onafhankelijke rolprofielen ...'.

365 Zie M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen 1999, Algemeen deel, hoofdstuk 3 (Theoretisch kader) respectievelijk hoofdstuk 4 (Keuzen en uitgangspunten).

profielen dan binnen de opzet van het project gerechtvaardigd is. De profielen vormen naar ons idee niet de ‘belangrijke basis voor het hele onderzoek’, die als zodanig – dus losgeweekt van de inhoud van de deelrapporten – ‘problematisch’ kan worden genoemd.

Dit brengt ons op de vraag of wij de rolposities van de deelnemers inderdaad tegenover elkaar hebben geprofileerd en daarbij (resp. daardoor) uit het oog hebben verloren dat de betrokken rechten en normen in elkaar grijpen. Het heeft ons eerlijk gezegd enigszins verrast dat een zorgvuldige critica als collega Prakken onze uiteenzettingen heeft kunnen lezen als ‘een serie nogal *onafhankelijker* profielen’. Wat er verder ook kan worden gezegd over de profielen, ze zijn in ieder geval in het geheel *niet* onafhankelijk van elkaar. Dat kan ook helemaal niet, gelet op de zojuist beschreven ontstaansgeschiedenis. De profielen bevatten in gecondenseerde vorm de letterlijk gezichtsbepalende kenmerken van de tot in veel meer bijzonderheden uitgewerkte procespositie van alle betrokkenen. De spanning tussen de in aanmerking komende belangen die onvermijdelijk is bij het uitwerken van positiefrechtelijke bepalingen, doet zich even onvermijdelijk ook gelden op het hogere aggregatieniveau van de overkoepelende kernprofielen. Wij zijn ons dus zeer wel bewust geweest van het ‘onderling in elkaar grijpen’ van de rechten, normen en belangen die er voor de verschillende deelnemers op het spel staan. Voorzover er binnen het onderzoeksproject concurrerende – en soms zelfs onverenigbare – belangen aan de orde waren, is daar op twee manieren mee omgesprongen. In sommige gevallen is simpelweg al in de omschrijving van een kernprofiel voorrang toegekend aan het ene belang boven het andere. Een voorbeeld hiervan is het kernprofiel van het slachtoffer en van de getuige. Op dit punt kunnen wij kort zijn. De elementaire rechten van de verdediging – laten we het maar even houden op de onschuldspresumptie en het recht op een eerlijk proces – gaan steeds en onverkort boven aanspraken en belangen van slachtoffers en van getuigen. Anders gezegd: het strafproces strekt ook tot bescherming van slachtoffers en getuigen, maar dit kan niet zo ver gaan dat daardoor een oneerlijk proces of schending van het onschuldsvermoeden op de koop toe genomen zou kunnen worden. Wij hebben dit één- en andermaal gezegd, herhaald, benadrukt, en gemotiveerd.³⁶⁶ En dit standpunt is ook met ijzeren consequentie uitgewerkt en volgehouden. Vanwege de aanwezigheid van onverenigbare belangen is er bijvoorbeeld ook voor gekozen om aan het slachtoffer geen rechtstreeks vervolgingsrecht toe te kennen en hem evenmin toe te rusten met absolute vetorechten ten aanzien van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden.³⁶⁷

366 Tegen deze achtergrond is het teleurstellend dat nog steeds stellerderwijs en zonder enige motivering het tegenovergestelde wordt geponoerd alsof het een waarheid als een koe zou betreffen. Zie C.H. Brants, P.A.M. Mevis, E. Prakken, J.M. Reijntjes, ‘Op zoek naar grondslagen’, in: C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen*, a.w. p. 26: ‘Het voldoen aan de eisen die het eerlijke proces stelt, achten wij van meer belang dan een erkenning van de belangen van andere deelnemers waarbij als vanzelfsprekend aan de rechten van de verdachte afbreuk wordt gedaan.’ Zie ook Paul de Hert, die onder verwijzing naar een karikatuur van de slachtofferemancipatie en zonder één woord te wijden aan onze uitvoerige uiteenzettingen op dit punt spreekt over ‘de afbraak van verdedigingsrechten door de focus op slachtofferrechten’; in diens ‘Schaamte en rechtvaardigheid. Twee pijnpunten voor herstelrecht’, in: B. van Stokkum (red.), *Strafen herstel. Ethische reflecties over sanctiedoelinden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 169-194 (p. 187).

367 Zie hoofdstuk 3 hierboven; en M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, Algemeen deel, p. 78 e.v.

Het is niet mogelijk of wenselijk om de spanning tussen in aanmerking komende rechten en belangen steeds op deze wijze door een uitdrukkelijke voorangsregeling te kanaliseren. Maar dat betekent natuurlijk nog niet dat de ontwikkelde profielen geen aanknopingspunten zouden bieden om die spanning hanteerbaar te maken. De gereleveerde kritiek van Prakken gaat er bijvoorbeeld ten onrechte aan voorbij dat de profielen wel degelijk *ook een impliciete* waarden- en belangenhiërarchie weerspiegelen.

Wij volstaan op deze plaats met een tweetal voorbeelden om aan te geven welke hiërarchische verbanden worden bedoeld. In de uitwerking van de profielen wordt de officier van justitie herhaaldelijk gepositioneerd als de tegenstrever van de verdachte. Dat vloeit nu eenmaal voort uit de aard der zaak. Anderzijds wordt benadrukt dat hij zijn werk dient in te richten met de attitude van een ‘magistraat’. Het is evident dat deze invalshoeken in concrete situaties kunnen botsen. Het is evenzeer zonneklaar hoe deze spanning dient te worden opgelost: het belang van een magistratelijke houding gaat altijd voor, zodat dit niet afzonderlijk per ambtsverrichting hoeft te worden gestipuleerd.

Het tweede voorbeeld betreft de verhouding tussen partij-autonomie en de eindverantwoordelijkheid van de rechter. In onze rapporten is steeds benadrukt dat de verdediging principieel een grote ruimte toekomt om een eigen strategie te kiezen en daarmee de loop van het proces sterk te beïnvloeden. Dit kenmerk komt dan ook prominent in beeld in de kernprofielen van de verdachte en van diens raadsman. Het is deze autonomie die de communicatie met het Openbaar Ministerie beheerst en de voorwaarde vormt voor het in onze voorstellen zo gekoesterde concept van een contradictoir geding. De omstandigheid dat op deze wijze de agenda van het proces wordt bepaald en voortdurend kan worden bijgesteld vormt één van de rode draden door al onze beschouwingen. In zekere zin kan een spanning worden onderkend tussen deze in profielen uitgewerkte uitgangspunten en de eindverantwoordelijkheid van de zittingsrechter.³⁶⁸ Die spanning wordt evenwel hanteerbaar omdat er een duidelijke hiërarchie bestaat tussen de genoemde uitgangspunten. De eindverantwoordelijkheid van de rechter voor een compleet en zorgvuldig onderzoek gaat namelijk altijd vóór. Als de partijen een beslispunt aan zijn aandacht willen onttrekken, terwijl de rechter dat relevant oordeelt in het kader van de vragen van art. 348 en 350 Sv, dan zal hij zo’n onderwerp ambtshalve toevoegen aan de agenda van de zitting. Dat betekent weer niet dat de rechter *onbeperkt* naspeuringen zal moeten gelasten als ware hij de enige die met de waarheidsvinding is belast.³⁶⁹ Eindverantwoordelijkheid van de rechter is immers gericht op het bewaken van *alle* in het geding te behartigen belangen, waaronder ook begrepen zijn de wenselijkheid om tot een vlotte afdoening van de zaak te komen en het bewaken van een redelijke verhouding tussen de zekerheden die in het strafproces worden ingebouwd en de kosten die dat meebrengt.³⁷⁰

368 E. Prakken, a.w. p. 728 schrijft dan ook onomwonden dat onze visie op een adversair proces “zich niet verdraagt met de eindverantwoordelijkheid van de rechter”.

369 In die zin Prakken, *t.a.p.*, die ten onrechte zonder beperkingen aanneemt dat “een rechter die zelf de waarheid zoekt daarin niet mag worden belemmerd door een verdachte die niet consequent optreedt of die een onhandige raadsman heeft.”

370 Zie M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen 1999, Algemeen deel, paragraaf 3.4 (‘noodzakelijke afwegingen’).

6.3 Het derde spoor

De hoofdlijnen en de details van onze ideeën omtrent de inrichting van een ‘derde spoor’ zijn reeds herhaaldelijk in de interimrapporten vermeld en behoeven hier niet te worden herhaald.³⁷¹ Voor vermelding van details bestaat overigens te minder reden, nu de beschouwing en in de literatuur vooral zijn geconcentreerd op de meer principiële kanten van wat wordt aangeduid als de ‘afdoening buiten geding’. Wij gaan in op de belangrijkste bedenkingen die naar aanleiding van onze deelrapporten naar voren zijn gebracht.³⁷²

Crijns stelt voorop dat alle bestaande vormen van buitengerechtelijke afdoening een *consensueel* karakter gemeen hebben.³⁷³ Als voordelen van dergelijke werkwijzen noemt hij de forse tijd- en geldwinst, alsmede het feit dat de verdachte een stigmatiserende gang naar de strafrechter kan worden bespaard. Maar daar staan belangrijke nadelen tegenover, die hij groepeerd onder het opschrift ‘rechtsstatelijkheid’. Bij buitengerechtelijke – consensuele – afdoening zou kunnen worden miskend dat het om zodanig ernstige gedragingen gaat, dat niet alleen belangen van slachtoffers dader op het spel staan, maar dat ook de samenleving als geheel daarbij betrokken is. Een ander nadeel is de druk op de externe openbaarheid, hoewel die enigszins wordt gecompenseerd door het bestaan van transactie- en sepotrichtlijnen. Ook de vrijwilligheid waarmee verdachten bewilligen in afdoening buiten geding is niet zonder problemen, omdat veel verdachten zich bijna gedwongen voelen om mee te werken. De transactie, volgens Crijns ‘in theorie een consensuele procedure’, wordt in de praktijk ‘veelal als een eenzijdige boete ervaren’. Ten slotte zou ook het gelijkheidsbeginsel en de zoektocht naar de materiële waarheid ‘ernstig’ worden belemmerd door afdoening buiten geding.

Tegen deze achtergrond heeft Crijns ook bezwaren tegen het door ons voorgestelde derde spoor, dat hij kenschetst als een ‘radicale koerswijziging van consensualiteit naar eenzijdige boeteoplegging’. Hier scheiden onze wegen direct. Het derde spoor is immers helemaal geen radicale koerswijziging, maar een juridisch correcte inbedding van wat in de praktijk – ook volgens Crijns – al lang wordt ervaren als een eenzijdige oplegging van een strafsanctie. Wij streven er naar om binnen het project *Strafvordering 2001* disfunctionele ficties te ontmaskeren en daar een adequate regeling voor in de plaats te stellen die *inhoudelijk* zinvolle rechtsbescherming mogelijk maakt. Als gevolg van het verlaten van het oude vereiste van consensus stelt Crijns voorts dat ons voorstel ‘lijnrecht ingaat tegen de uitgangspunten van het onderzoeksproject’ zoals die in eerdere interimrapporten zijn uitgewerkt, met name waar het betreft een zo groot mogelijke invloed van procespartijen op het procesverloop. Deze stelling is echt onjuist. Precies het

371 Zie M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen: 1999, deelrapport 1, *Buitengerechtelijke afdoening* (A. Hartmann), p. 59 e.v.; idem, *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, deelrapport 1, *Buitengerechtelijke afdoening II* (A. Hartmann), p. 79 e.v., en het Algemeen deel, p. 26-36 (G. Knigge).

372 Dit betekent dat wij het niet tot onze taak rekenen om de inhoud van het concept-wetsvoorstel OM-afdoening, dat aansluit bij onze voorstellen, te bespreken of te verdedigen.

373 J.H. Crijns, ‘De strafrechter buitenspel. Buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten in heden en toekomst’, *AA* 2002, p. 513-521. Vergelijk ook J.L. de Wijckerslooth & J. Simonis, ‘Mag het strafrecht een beetje consensueel blijven?’, *Trema* 2002, p. 437-443.

tegendeel is namelijk het geval. In de voorgestelde regeling van het derde spoor wordt optimaal rechtgedaan aan de procespositie die een verdachte wenst te kiezen. Berust hij in de strafrechtelijke sanctionering, dan betaalt hij of hij verricht andere van hem verlangde prestaties. Is hij het op welke grond dan ook niet eens met de interventie, dan maakt hij daar melding van. Door aan te geven *waarom* hij de zaak anders ziet dan de instantie die de boete oplegt, maakt hij heroverweging van en controle op de boetebeschikking mogelijk. Kortom: door zijn proceshouding zet hij een bepaald traject in gang en biedt tevens aanknopingspunten voor de agenda die in dat traject moet worden nagelopen. Hoe anders was dat bij de oude (nu nog bestaande) transactie. Als de verdachte niet ingaat op het transactieaanbod van het openbaar ministerie, weet niemand waar dat aan ligt en kan om die reden het vervolg van de procedure ook niet daarop worden afgestemd. Niet reageren kan betekenen dat de verdachte schuld aan het feit betwist, dat hij de sanctie te hoog vindt, dat hij tijd wil rekken, dat hij zand in de machine wil strooien, etcetera. Op al deze varianten moet op dezelfde wijze worden gereageerd: het enige wat het openbaar ministerie kan doen is de zaak aan de rechter voorleggen en – het is een bekende standaard praktijk – een hogere strafeisen dan in het transactieaanbod was opgenomen. Het voorstel omtrent het derde spoor is dus vanuit het oogpunt van effectieve communicatie – naar ons oordeel een kernpunt binnen een contradictoire gedingstructuur – superieur aan het traditionele model van de transactie, onder andere *omdat* het de verdachte royelere mogelijkheden biedt om het procesverloop te beïnvloeden.

Daarnaast gelden volgens Crijns alle eerder genoemde rechtsstatelijke bezwaren ook tegen de door ons voorgestelde OM-beschikkingen: ‘Het gebrek aan openbaarheid blijft zorgwekkend, daar er geen enkel zicht is op bestraffing door het openbaar ministerie. Daar komt nog bij dat het voorstel afbreuk doet aan de *praesumptio innocentiae*, omdat bestraffing door het Openbaar Ministerie tot een omkering van de bewijslast leidt.’³⁷⁴ Deze observaties spreken ons alleen op een zeer hoog abstractieniveau enigszins aan. Maar als we de benen een beetje op de grond houden, staan de bedenkingen van Crijns vrij ver af van de realiteit. Hij tekent eerder in zijn bijdrage zelf al aan dat problemen in verband met openbaarheid “enigszins” worden gecompenseerd door het bestaan van richtlijnen. Dat is natuurlijk zo. En waar gaat het nu helemaal om bij de voor het derde spoor in aanmerking komende zaken? Van de Pol tekende al jaren geleden – terecht – aan dat bij deze grote groepen van eenvoudige gevallen ‘de openbaarheid tot een fictie is verworpen’.³⁷⁵ En van ficties – het is eerder gezegd – moeten wij niet veel hebben binnen dit onderzoeksproject. De suggestie dat ons voorstel in wat voor vorm dan ook zou leiden tot een omkering van enige bewijslast is ronduit onjuist. Maakt een verdachte bezwaar tegen de boetebeschikking, dan komt de zaak voor de rechter. Die zal dan moeten nagaan of de verdachte schuldig is. Nergens in onze voorstellen is zelfs maar de indruk gewekt dat de verdachte op het punt van de feiten zijn onschuld zou moeten aantonen.

374 J.H. Crijns, a.w. p. 520.

375 U. van de Pol, *Openbaar terecht. Een onderzoek van het openbaarheidsbeginsel in de strafrechtpleging*, diss. VU Amsterdam, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 438, en op p. 439: ‘De openheid over het beleid dient echter toe te nemen naarmate de zichtbaarheid van de afdoening in individuele zaken afneemt.’

Ten slotte gaat Crijns in op de beweegredenen achter ons voorstel. Hij betwijfelt of invoering van het derde spoor wel zoveel capaciteitswinst zal opleveren. Hij is het wel met onze onderzoeksgroep eens dat het stelsel daardoor sterk vereenvoudigd en dus overzichtelijker zou worden, maar zulks zou naar zijn oordeel ook kunnen worden bereikt door te zoeken naar een betere afstemming tussen het voorwaardelijk sepot en de transactie.³⁷⁶ Hierbij zijn twee principiële tegenwerpingen op hun plaats. Ten eerste is capaciteitswinst nooit een zelfstandige of overheersende overweging geweest waarop de gedachte van een derde spoor berust. Het gaat veeleer om een *evenwichtige inzet* van de per definitie schaarse capaciteit van het strafrechtelijk systeem. *Dat criterium* ligt ten grondslag aan het drie sporenstelsel als geheel, en daarbinnen is het het dan – gelet op de in aanmerking komende belangen – redelijk om de beperkte zittingsruimte zoveel mogelijk in te zetten voor de zaken van het eerste en het tweede spoor, waarin er voor de verdachte een vrijheidsstraf op het spel staat. De tweede tegenwerping heeft betrekking op de beste manier om het stelsel te vereenvoudigen. Waarom niet ‘gewoon’ een betere afstemming van voorwaardelijk sepot en transactie, zo vraagt Crijns zich af.³⁷⁷ Het antwoord op deze vraag is dat de bestaande vormen van afdoening buiten geding naar ons (in de interimrapporten gemotiveerde) oordeel een groot en systematisch deficiet vertonen op het punt van de individuele rechtsbescherming. Integratie van de genoemde rechtsfiguren lost wat dat betreft niets op. Het is voor ons zelfs moeilijk te begrijpen dat iemand die zich zorgen maakt om de individuele rechtsbescherming kan instemmen met de bestaande transactie en daarbij – of daarom – het voorgestelde ‘derde spoor’ kan afwijzen, nu daarin allerlei voorzieningen zijn opgenomen (hoorplicht bij hogere bedragen etcetera) die thans ontbreken. Ook vanuit het gezichtspunt van het achterhalen van de materiële waarheid – een ander zorgpunt dat Crijns naar voren brengt – is het voorgestelde systeem onmiskenbaar beter dan het bestaande (geen ‘gesjoemel’ in achterkamers; alleen OM-afdoening bij bewijsrechtelijk eenvoudige zaken, etcetera). En ten slotte komt de door ons voorgestelde procedure méér dan de bestaande tegemoet aan het door Crijns terecht genoemde desideratum dat het uiteindelijk wel gaat om stabiele feiten, waarbij niet alleen de naast betrokkenen een belang hebben, maar ook de samenleving als geheel. Welnu, door de overheid dan eenzijdig te belasten met de afdoening, uiteraard met een normale rechterlijke procedure als de uitkomst daarvan voor de dader niet aanvaardbaar is, wordt dit element van ‘public accountability’ sterker dan thans onderstreept.

De bedenkingen van Crijns zijn relatief uitvoerig besproken, omdat zij tamelijk representatief zijn voor de kritiek die wel vaker naar voren wordt gebracht tegen ideeën omtrent een andere afdoening van strafzaken die zowel weinig ernstig als eenvoudig van aard zijn. Tegen deze achtergrond kunnen wij bondiger ingaan op de kanttekeningen die door M. de Graaf zijn gemaakt bij onze voorstellen inzake het derde spoor.³⁷⁸ Vooropgesteld moet worden dat De Graaf zorgvuldig de verschillen tussen het derde spoor van ‘Strafvordering 2001’ en het door haar cen-

376 J.H. Crijns, *t.a.p.*

377 Een gedachte die overigens, zonder dat Crijns daar melding van maakt, al geruime tijd geleden is geopperd. Zie M.S. Groenhuijsen & A.M. van Kalmthout, ‘Transactie en voorwaardelijk sepot: lood openbaar ministerie oud ijzer?’, *D&D* 1983, p. 474-487.

378 M. de Graaf, ‘Doelmatigheid boven rechtmatigheid. Bespreking van het concept-wetsvoorstel Wet OM-afdoening’, *D&D* 2003, p. 811-829.

traal gestelde concept-wets voorstel weergeeft. Maar op de keper beschouwd raken de bezwaren die zij heeft tegen het wetsvoorstel wel degelijk ook de kern van onze voorstellen. Er wordt gesteld dat de strafbeschikking door het OM, vanwege het schuldvaststellend karakter daarvan, de rechtmatigheid van het voorstel ten opzichte van de transactie verslechtert.³⁷⁹ En dit zou tevens leiden tot ‘rechtmatigheidsvragen’ inzake het recht op vrije toegang tot de rechter ingevolge art. 6 EVRM.³⁸⁰ Deze auteur is voorts van mening dat er ‘vanuitrechtsstatelijk opzicht’ een bepaalde afstand dient te zijn bij de instantie die bevoegd is te straffen.³⁸¹ Net als Crijns bewijft zij daarnaast of het voorstel wel tot winst leidt en wil zij niet dat we ‘ons voor het karretje van de handhavings- en capaciteitstekorten (moeten) laten spannen’.³⁸² Ten slotte voegt zij nog een nieuw element toe aan de discussie: ‘De verheldering van het systeem die met de invoering van de OM-afdoening mede beoogd wordt, dreigt ook ten koste te gaan van (...) allerlei herstelgerichte initiatieven zoals bijvoorbeeld dader-slachtofferbemiddeling, echt-rechtconferenties, herstellendrecht en andere vormen van conferencing. Nederland heeft een verplichting om bemiddeling in strafzaken te bevorderen. Dit staat buiten kijf sinds de Europese Unie dit in een Kaderbesluit heeft vastgelegd’.³⁸³

Om met het laatstgenoemde punt te beginnen. Ook wij kennen dit Kaderbesluit. De daaruit voortvloeiende verplichting om vormen van bemiddeling te stimuleren, steunen wij van harte en – anders dan de Graaf kennelijk denkt – dit is ook geheel in overeenstemming met de uitgangspunten van ‘Strafvordering 2001’ en de wijze waarop die zijn uitgewerkt. Ons vertrekpunt is immers in een eerder deelrapport samengevat met het adagium ‘minimale repressieve interventie is de optimale repressieve interventie’.³⁸⁴ Concreet betekent dit dat ook ons drie sporenmodel is onderworpen aan het zogenoemde *ultimum remedium*-beginsel, hetgeen meebrengt dat de voorkeur per definitie uitgaat naar informele en werkelijk buitengerechtelijke afdoeningswijzen, zeker als daarmee de verwerking van het leed en het herstel van de schade van het slachtoffer is gediend. Alleen indien zo’n reparatoire respons een ontoereikende punitieve lading zou hebben, bijvoorbeeld omdat de publieke rechtsorde werkelijk door het delict is getroffen of omdat andere doeleinden van het strafprocesrecht daartoe nopen, is de inzet van één van de drie ontworpen sporen aangewezen.

De overige genoemde bezwaren vergen niet veel commentaar. In feite betwist De Graaf ten gronde de mogelijkheid om voorafgaand aan de inschakeling van de rechter aan het openbaar ministerie de bevoegdheid verlenen om een strafbeschikking op te leggen. Dat zou niet (voldoende) ‘rechtmatig’ zijn. Wij hebben in eerdere rapporten omstandig uitgelegd waarom dit wel degelijk verdragsrechtelijk in orde is en bovendien past in een zinvolle differentiatie voor de aanwending van menskracht en financiële middelen.

379 M. de Graaf, *a.w.* p. 819.

380 M. de Graaf, *ibidem*.

381 M. de Graaf, *a.w.* p. 821.

382 M. de Graaf, *a.w.* p. 823.

383 M. de Graaf, *a.w.* p. 826-827.

384 Zie M.S. Groenhuijsen & N.J.M. Kwakman, ‘Het slachtoffer in het vooronderzoek’, in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, deelrapport 8, met name p. 966, ook voor het direct navolgende.

De bijdragen van Crijns en De Graaf geven ons aanleiding tot enkele bespiegelingen van meer algemene aard. Het is opvallend dat beide auteurs stevige bewoordingen gebruiken om hun afkeuring kenbaar te maken. Dit blijkt reeds uit de titels van hun bijdragen aan het debat. Crijns spreekt over ‘de strafrechter die buitenspel’ zou worden gezet.³⁸⁵ De Graaf zet direct de toon door als titel te kiezen ‘doelmatigheid boven rechtmatigheid’. De inhoud van de zo juist besproken grieven versterkt de indruk dat deze auteurs een enigszins digitaal beeld van het strafrecht hanteren. De rechter staat centraal of wordt buitenspel gezet. Hij doet mee of wordt buitengesloten. Bij de inrichting van een procedure moet worden gekozen voor rechtmatigheid of voor doelmatigheid. In het derde spoor is voorrang gegeven aan doelmatigheid, en dus komt de rechtmatigheid onder druk te staan. Als rechtmatigheid niet langer is gewaarborgd, komt het profiel van de rechtsstaat in gevaar.

Die wijze van benaderen van de problemen – of van voorgestelde oplossingen – binnen ons vakgebied hebben we vaker gezien. Vooral na het verschijnen van Packer’s klassieke werk ‘The limits of the criminal sanction’³⁸⁶ is het lange tijd gangbaar geweest om de daarin onderscheiden procesmodellen te gebruiken als voedingsbodem voor in trefwoorden gebeitelde kritiek op andersdenkenden. Dit vereist enige toelichting. Gelijk bekend onderscheidt Packer een ‘Crime Control Model’ (CCM) en een ‘Due Process Model’ (DPM). Een korte typering van deze modellen kan niet achterwege blijven.

Het uitgangspunt achter het CCM is dat veruit de belangrijkste functie van de strafrechtelijke procedure is om misdadig gedrag te bestrijden. Daarom is de aandacht binnen het stelsel primair gericht op het verhogen van de efficiëntie bij het opsporen, het aanhouden en het vervolgen van de linquenten. Het systeem dient vlot en slagvaardig te werken, hetgeen het beste kan worden bevorderd door een uniforme afhandeling van zaken. In relatie tot de waarheidsvinding gaat het om datgene wat er werkelijk is gebeurd (materiële waarheid), waarbij de nadruk ligt op het voorbereidend onderzoek. In het vooronderzoek moet de zaak tot klaarheid worden gebracht, waarna de rest van de procedure in zekere zin een formaliteit is. Dit model berust op de verwachting dat burgers doorgaans niet zonder reden als verdachte worden aangemerkt. Kortom: er bestaat de cognitieve verwachting dat de meeste justitiabelen die als verdachte het systeem binnenkomen, er later als veroordeelde weer uit zullen komen.

Op deze manier weergegeven, heeft het CCM dus iets van een ‘lopende band’ in een productieproces. Als dat het geval is, dan lijkt het DPM meer op een hindernisbaan. Natuurlijk is het niet zo dat binnen dit model de criminaliteit niet zou moeten worden bestreden, maar de kern van de zaak is dat in dat verband een groot aantal beperkende normen in acht dient te worden genomen. Het perspectief wordt niet gedicteerd door misdaadbestrijding maar door controle op machtsuitoefening door de overheid. En de hoogste waarde is niet efficiency maar het bewaken van een fair geding. Binnen dit model moet steeds de mogelijkheid van ambtelijke vergissingen worden benadrukt en dient te worden gewaarborgd dat een verdachte daar nooit de dupe van mag worden. Niet de zogenoemde materiële waarheid staat voorop, maar de vraag of op een juridisch zorgvuldig genormeerde wijze kan

385 Waarschijnlijk geïnspireerd door de omstandigheid dat zijn opstel is opgenomen in een bijzonder nummer van *Ars Aequi* met de titel ‘Buiten de rechter om’ (juli/augustus 2002).

386 Herbert L. Packer, *The limits of the criminal sanction*, Yale University Press 1968.

worden vastgesteld of de beschuldiging door de overheid hard kan worden gemaakt. Binnen dit model fungeert de tegenspraak door verdachte en diens raadsman als hoogste goed. Dit kan het beste tot zijn recht komen door de nadruk in de procedure te concentreren binnen het openbare eindonderzoek.

Packer fundeert het analytische onderscheid tussen de modellen als volgt: 'The Crime Control Model is basically an affirmative model, emphasizing at every turn the existence and exercise of official power, its validating authority is ultimately legislative (although proximately administrative). The Due Process Model is basically a negative model, asserting limits on the nature of official power and on the modes of exercise, its validating authority is judicial and requires an appeal to supra-legislative law, to the law of the Constitution.'³⁸⁷ Deze benadering is niet onweersproken gebleven. In ons taalgebied heeft Melai bijvoorbeeld in robuuste termen de staf gebroken over het ontwerp van deze twee procesmodellen.³⁸⁸ Zijn voornaamste bezwaren zijn dat de schijn wordt gewekt dat het DPM een resultaat is van fundamentele wetenschapsbeoefening en dat de karakteristieken van de modellen vanuit *verschillende* gezichtspunten worden gegeven.

Wij zien dit anders. Naar ons oordeel kunnen deze modellen wel degelijk een nuttige functie hebben in de gedachtenvorming omtrent de inrichting van de strafrechtelijke procedure. Maar niet in de zin van een digitale keuze. Het is van belang te onderstrepen dat noch de wetgever, noch de strafrechtswetenschapper ooit in een positie kan geraken om een voorkeur uit te spreken voor één van beide modellen. Dat is het geval, omdat de genoemde modellen in de praktijk niet bestaan, nooit hebben bestaan en in zuivere vorm ook niet kunnen bestaan. In geen enkele jurisdictie ter wereld wordt exclusief gewerkt op basis van het geschetste CCM of op basis van het DPM. De modellen zijn ideaaltypische constructen, die een analytische functie hebben. Zij beogen duidelijk te maken dat ieder vigerend systeem van strafvordering per definitie bestaat uit een ingewikkeld samenstel van elementen die aan *beide* procesmodellen zijn ontleend. De in werkelijkheid bestaande stelsels weerspiegelen dus zonder uitzondering een evenwicht van contrasterende kenmerken die passen in de polair tegenover elkaar staande virtuele benaderingen. En daar komt nog iets bij. De aan beide modellen ontleende elementen vertonen onderling – wederom: per definitie – een spanning, omdat ze onverenigbare waarden belichamen. Op grond hiervan zijn twee zaken van belang voor het onderwerp van deze paragraaf. Ten eerste. Het is deze spanning tussen de elementen die zijn ontleend aan analytische, onverenigbare procesmodellen, die in feite de motor vormt van de dynamiek in de ontwikkeling van het procesrecht. Ten tweede – en daaruit voortvloeiend – is het zojuist genoemde evenwicht van aan de modellen ontleende (of daarop terug te voeren) kenmerken voortdurend in beweging. Naar ons oordeel is derhalve de ware zin van het onderscheid tussen de modellen dat het een aanknopingspunt biedt van waaruit we scherper kunnen zien in welke richting de ontwikkeling van het actuele procesrecht zich voltrekt resp. zich dient te voltrekken. Eerlijk gezegd is dit ook precies de oorspronkelijke functie die Packer hierbij in gedachten had. Hij schreef immers zelf reeds dat de beide modellen een handzame mogelijkheid bieden om over het functioneren van het strafproces te spreken, waarbij de dagelijkse gang van zaken een constante

387 Herbert L. Packer, *a.w.* p. 173.

388 A.L. Melai, 'De illusie achter de modellen', *D&D* 1974, p. 381-384.

serie minimale aanpassingen te zien geeft aan de concurrerende eisen van twee verschillende waardensystemen, en waarvan de normatieve toekomst eveneens een spanning van onverenigbare aanspraken zal blijven vertonen.³⁸⁹

De reden voor deze uitweiding is dat daarmee kan worden onderstreept waarom het niet verstandig is om de beoordeling van voorstellen omtrent het ‘derde spoor’ in de digitale sleutel te zetten van het begrippenpaar doelmatigheid en rechtmatigheid. Waar De Graaf ons tegenwerpt dat de doelmatigheid in het derde spoor prevaleert boven de rechtmatigheid, wordt de indruk gewekt dat wij opteren voor een CCM. En wanneer Crijns spreekt over de strafrechter die buitenspel wordt gezet, wekt hij de indruk dat wij het ‘due process’ willen afschaffen of niet belangrijk zouden vinden. Maar zoals Foqué en ‘t Hart op overtuigende wijze hebben uitgelegd dat ‘instrumentaliteit’ en ‘rechtsbescherming’ niet als twee variabelen dienen te worden beschouwd waarmee naar believen kan worden gemanipuleerd³⁹⁰, zo is het ook gesteld met de materie die ons thans bezig houdt. Wij kiezen niet enkelvoudig voor doelmatigheid ten koste van rechtmatigheid. Dat kan rechtstheoretisch bezien zelfs helemaal niet. Wij zetten de strafrechter in het derde spoor niet buitenspel. Dat kan niet, en dat mag niet. Waar het om gaat is dat een dergelijke inkleding van kritiek berust op een verkeerd idee omtrent de dynamiek van rechtsontwikkeling. Wij hebben daar een andere visie tegenover gezet. De centrale gedachten daaruit zijn op diverse plaatsen in het onderzoeksproject uitgewerkt.³⁹¹ De discussie over de toekomst van het wetboek van strafvordering is niet gebaat bij academische vereenvoudigingen, wanneer die er op neerkomen dat vrij ingewikkelde onderzoeksresultaten in een ongunstig licht worden geplaatst door ze te koppelen aan een pejoratief etiket.

6.4 Hoger beroep

Onze beschouwingen over het hoger beroep³⁹² hebben in de literatuur ruim de aandacht getrokken. Het is verheugend te kunnen vaststellen dat de centrale gedachte uit het desbetreffende deelrapport – de aanbeveling te komen tot een ‘voortbouwend appel’ – in brede kring blijkt aan te spreken. Daarnaast valt op dat ook de aan deze visie ten grondslag liggende analyse van het bestaande stelsel, waarin fundamentele kritiek op de invulling van het vigerende ‘middenstelsel’ centraal staat, op hoofdlijnen door de verschillende schrijvers wordt gedeeld. Maar natuurlijk zijn er ook bezwaren tegen de door ons naar voren gebrachte zienswijze. Die komen er grofweg op neer dat we in de uitwerking van de notie van een voortbouwend appel hetzij tezeer zijn opgeschoven in de richting van een

389 Herbert L. Packer, *a.w.* p. 153.

390 R. Foqué & A.C. ‘t Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijkewaardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer Rechtswetenschappen 1990; nader uitgewerkt en toegelicht in idem, ‘Grondslagen ter discussie’, in: G.C.G.J. van Roermund e.a. (red.), *Symposium strafrecht. Vervolg van een grondslagen debat*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 381-419.

391 Zie vooral het Algemeen Deel in M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen: 1999; en hoofdstuk 2 hierboven over de taak van de strafvorderlijke wetgever en de omgang met de daarbij in aanmerking komende belangen.

392 M.S. Groenhuijsen & J. de Hullu, ‘Het hoger beroep’, in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, deelrapport 3, Deventer: Gouda Quint 2002, p. 329 e.v.

grievensstelsel, hetzij ten onrechte het grievensstelsel niet tot principieel uitgangspunt hebben verheven.

Vellinga is bijvoorbeeld van oordeel dat wij niet ver genoeg zijn gegaan.³⁹³ Als de bedoeling is om het debat in hoger beroep te concentreren op de bedenkingen die de procespartijen hebben tegen het vonnis in eerste aanleg³⁹⁴, dan dient de schriftuur waarbij betrokkenen dergelijke grieven naar voren kunnen brengen een nog principiële aanknopingspunt te bieden dan in onze voorstellen het geval is. Vellinga vindt dat een verplichting tot het indienen van zo'n schriftuur passend is.³⁹⁵ Ons voorstel dienaangaande noemt hij 'vrijblijvend', waaraan het bezwaar verbonden is dat een partij – al dan niet op strategische gronden – kan besluiten het indienen van bezwaren uit te stellen. Een ander probleem is naar zijn mening dat afwezigheid van een schriftuur de rechters de mogelijkheid biedt om heel verschillend om te gaan met de appelbehandeling: de één zal dan tot integrale herbehandeling van de zaak overgaan, terwijl de ander het bij een marginale toetsing van het beroepen vonnis zal laten.

Wij vinden deze voorstelling van zaken niet overtuigend. Het model van een voortbouwend appel berust op glasheldere uitgangspunten. De inzet van het geding in de beroepsfase dient primair te worden bepaald door de appellant, maar de rechter behoudt een eigen verantwoordelijkheid voor de zorgvuldigheid en de compleetheid van het onderzoek en de te nemen beslissingen. Die beide zaken gaan heel goed samen. Een intensieve ambtshalve controle van alle aspecten van de eerste aanleg kan achterwege blijven, maar als er evident reden is om te vermoeden dat er iets is mis gegaan doet de beroepsrechter daar onderzoek naar. Buiten deze situaties wordt de beoordeling in appel geconcentreerd op de door betrokkenen aangevoerde punten. De schriftuur van het huidige art. 410 Sv krijgt in onze visie meer status omdat de rechter in zijn arrest expliciet aandacht moet schenken aan datgene wat daarin te berde is gebracht. De partijen krijgen ook na opening van de zitting in appel nog de kans grieven naar voren te brengen, onder andere om in te kunnen spelen op ontwikkelingen die zich na het aanwenden van het rechtsmiddel hebben voorgedaan of om adequaat te kunnen reageren op standpunten die de wederpartij tijdens het onderzoek in appel inneemt. Is dit vrijblijvend? Allerm minst. De enige manier om zeker te stellen dat de appelrechter wezenlijk onderzoek zal doen naar de klachten is om die ruim van te voren in te dienen. Zonder goede reden afwachten tot de zaak ter zitting is uitgeroepen schept grote risico's. Omdat er bij de voorbereiding van de berechting geen rekening is gehouden met dergelijke incidenten, zal dan veelal de ruimte ontbreken om alsnog inhoudelijk nader onderzoek te verrichten omtrent deze 'overvals-grieven'. Daar komt nog bij dat het door ons voorgestelde systeem aanmerkelijk eenvoudiger is – en systematisch minder bezwaren oproept – dan een stelsel van verplichte schrifturen. Ten eerste leert de bestuursrechtelijke praktijk dat een verplicht beroepsschrift inhoudelijk

393 W.H. Vellinga, 'Het voortbouwend hoger beroep volgens Strafvordering 2001', *D&D* 2003, p. 1080-1093.

394 Wij voegen nog éénmaal toe: bezwaren tegen de procedure die tot de beslissing heeft geleid daaronder begrepen.

395 Ook A.J.A. van Dorst, 'Rechtsmiddelen in Strafvordering 2001', *RM Themis* 2002, p. 144 is voorstander van een verplichting om grieven te formuleren.

weinig meerwaarde heeft.³⁹⁶ Vaak zal men in de praktijk volstaan met een erg abstracte aanduiding van bezwaren. Of er zal worden gekozen voor een zo ruime aanduiding van grieven (bijvoorbeeld ‘alle beslissingen en handelingen...’) dat daarmee het doel van het opgeven van concrete bezwaren voorbij wordt geschoten. Voor het inhoudelijk zinvoller benutten van *het recht* (niet: de verplichting) om een schriftuur in te dienen zal de verdachte vaak worden gestimuleerd een advocaat te raadplegen. Vellinga wijst hier ook op. Maar hij gaat een stap verder. Omdat hij uitgaat van een verplichting op dit punt, moet er een uitzondering in het stelsel worden opgenomen: ‘de appelrechter (moet) de mogelijkheid hebben niet-ontvankelijkverklaring achterwege te laten omdat van de verdachte het schriftelijk opgeven van bezwaren niet gevergd kan worden.’ En zelfs dit is nog niet genoeg. Volgens Vellinga zou daar bovenop in het tweede spoor voor de verdachte nog de mogelijkheid kunnen worden gecreëerd de rechter te vragen te mogen afzien van grieven.³⁹⁷ Wat ons betreft wordt het zo wel erg (en onnodig) ingewikkeld. Al deze uitzonderingen en redmiddelen kunnen in ons systeem achterwege blijven, terwijl er binnen onze uitgangspunten voldoende prikkels zijn om de verdediging te stimuleren om gebruik te maken van de geboden mogelijkheid om tijdig grieven in te dienen.

Vellinga maakt ook meer in het algemeen bezwaar tegen de wijze waarop wij de taak van de appelrechter onder woorden hebben gebracht. Wij spreken over een volwaardige, zelfstandige feitelijke behandeling, die voortbouwt op het gedrag in eerste aanleg en waarbij de aandacht van de rechter wordt gestuurd door de bezwaren die tegen de uitkomst daarvan zijn ingebracht. Inderdaad: dit brengt met zich mee dat het gehele vonnis van de eerste rechter op juistheid dient te worden beoordeeld. Vellinga bepleit – in het verlengde van een verplichte schriftuur – een ‘slankere’ formulering: voldoende zou zijn de bevoegdheid van de beroepsrechter om ook buiten de grieven om te mogen ingrijpen in die onderdelen van het vonnis die hem onjuist voorkomen. Wat ons betreft komt dit materieel op hetzelfde neer. Ten aanzien van het partieel appel geldt ongeveer hetzelfde. Vellinga lijkt voor invoering van dit omstreden middel te pleiten, maar moet dan als ‘veiligheidsklep’ een voorziening aanbevelen dat de rechter in geval van partieel appel wel de bevoegdheid heeft om ‘zonodig in te grijpen in die beslissingen van de eerste rechter waaruit de oplegging van straf voortvloeit’. Onze oplossing bereikt nagenoeg hetzelfde effect, maar is eenvoudiger. Volgens het filosofische principe van het ‘scheermes van Occam’ verdient de oplossing met de minste ballast de voorkeur.

Op een ander punt brengt Vellinga wel een nuttige precisering van de uitgangspunten van ons betoog omtrent het hoger beroep. De rechter kan, als gezegd, ook ambtshalve – dus buiten de aangevoerde grieven om – een beslissing van de eerste aanleg corrigeren. Vellinga meldt hieromtrent dat dit alleen mogelijk zou moeten zijn indien de verdediging het Openbaar Ministerie gelegenheid hebben gehad zich over zo’n kwestie uit te laten. Hij stelt: ‘Zo kan de rechter niet alleen geen hogere straf opleggen dan gevorderd zonder dat daarover ter terechtzitting is gesproken, het gaat ook niet aan tot vrijspraak te besluiten wanneer de discussie ter terechtzitting alleen is gegaan over de hoogte van de straf. (...) Een zogenaamde

396 Zie ons aangehaalde deelrapport, a.w. p. 380 en H.K. Elzinga, *In beroep. Een onderzoek naar het aanwenden van rechtsmiddelen in het strafrecht en een vergelijking met het instellen van bezwaar en beroep in de Awb*, diss. Tilburg, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 92.

397 Hierop zou dan door een enkelvoudige rechter kunnen worden beslist.

“verrassingsbeslissing” verdraagt zich immers moeilijk met de beoogde versterking van het contradictoire karakter van het strafproces.’ Dit is juist. Deze verduidelijking zou inderdaad meegenomen moeten worden in de uitwerking van de contouren van het voortbouwende appel.

Waar Vellinga vindt dat wij *te weinig* gewicht toekennen aan de schriftuur met grieven, zijn Franken en Prakken van oordeel dat wij het geding in appel juist *te veel* in de richting laten gaan van een ‘corrigerend appel’.³⁹⁸ Over het uitgangspunt zijn we het in abstractie wel eens: ook Franken en Prakken vinden dat in hoger beroep (vooral) aandacht moet worden besteed aan die onderdelen van de zaak waar de appelrechter anders tegenaan kijkt dan de rechter in eerste aanleg en met name aan de bezwaren van de verdediging en het openbaar ministerie. Het verschil van inzicht betreft de uitwerking. Deze auteurs maken ten eerste bezwaar tegen de voorgestelde regeling omtrent het horen van getuigen in hoger beroep. Teneinde een zinloze herhaling van zetten – en nodeloze vertragingen – te vermijden hebben wij voorgesteld om het wederom en niet voor de zitting aangekondigd oproepen van getuigen te toetsen aan het ‘noodzaakcriterium’. Franken en Prakken vinden dit een uitholling van de positie van de verdediging. Serieuze aandacht voor het contradictoire karakter van het geding zou eerder pleiten voor het – soepeler – ‘belangcriterium’; en de zelfstandige verantwoordelijkheid van de appelrechter veronderstelt naar hun oordeel dat er op dit punt hetzelfde criterium wordt aangelegd als in eerste aanleg. Wat de auteurs vooral tegenstaat in deze voorstellen ‘is dat zij bij voorbaat ervan lijken uit te gaan dat de verdediging wel met een chicaneuze intentie getuigen zal oproepen in hoger beroep.’ Moeten wij nog uitleggen dat zo’n veronderstelling ons totaal vreemd is? De zaak ligt betrekkelijk simpel. Het horen van getuigen is een onderwerp dat van vitaal belang is voor het verloop van het geding. Het is tevens een kwestie die de processuele strategie van betrokkenen in de kern raakt. Wij menen dat dan een zorgvuldige voorbereiding mag worden geleverd. Dus in beginsel moet voorafgaand aan de zitting duidelijk zijn welke getuigen opnieuw zouden moeten worden gehoord. Voor verrassingen is in beginsel geen plaats. Nieuwe wendingen tijdens de zitting moeten dus een grond vinden in niet voorzienbare ontwikkelingen die het alsnog onderbreken van het onderzoek noodzakelijk maken. Dat heeft niets te maken met het veronderstellen van chicaneuze intenties; het is wel nuttig en nodig om de continuïteit van het strafproces te beschermen tegen tardieve verzoeken die bijeen alerte proceshouding gemakkelijker eerder hadden kunnen worden gedaan en dan zonder meer zouden zijn toegewezen. Als er een echt inhoudelijk te motiveren belang is om een getuige ten tweede male ter zitting te horen, zijn wij met Franken en Prakken van oordeel dat het geding in appel daar ruimte voor moet bieden. Zij noemen het voorbeeld dat de verdediging volhardt in de betwisting van eerder afgelegde verklaringen en die betwisting in zijn appelschriftuur heeft onderbouwd. Welnu, ook voor ons zal er in die omstandigheden vaak aanleiding zijn om tot een tweede rechterlijke ondervraging over te gaan, zeker als de getuige van centraal belang is voor de rechterlijke overtuiging omtrent het al dan niet bewezen zijn van de telastegelegde gedraging. Aan het slot van hun beschouwing geven Franken en Prakken ‘nog

398 A.A. Franken & E. Prakken, ‘Evenwicht in appel’, in: C.H. Brants, P.A.M. Mevis e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 97-114.

meer argumenten voor een volledige feitelijke behandeling in twee instanties'. Zij menen dat de verdachte in appel een andere procespositie moet kunnen innemen dan in eerste aanleg; zij vinden dat de verdachte die niet tevreden is over zijn raadsman in eerste aanleg daarna met een andere raadsman de ruimte moet krijgen voor een nieuwe verdedigingsstrategie; en zij menen dat dit ook moet gelden voor een verdachte die de zaak heeft onderschat door in eerste aanleg zonder bijstand te verschijnen en pas in appel een raadsman heeft. In ons concept van een 'voortbouwend appel' zijn deze gevallen gemakkelijk te plaatsen. Natuurlijk moet er in alle drie de geschetste gevallen ruimte zijn om aandacht te besteden aan het gewijzigd inzicht van de verdediging. Waar het om gaat is dat er telkens sprake is van een beredeneerde (nieuwe) procespositie, die royaal past in het systeem van ons procesrecht. Zo'n opstelling van de verdediging dient in beginsel te worden geacommodeerd binnen het stelsel van rechtsmiddelen, omdat één van de functies van het hoger beroep nu juist is gelegen in de mogelijkheid voor partijen om eerder gemaakte fouten te herstellen. Voor ons is essentieel dat dit *niet* neerkomt op een oproep voor een tweede volledige feitelijke behandeling van de zaak. De *regel* moet (en kan) zijn dat de tweede behandeling gaat over een deel van de zaak, en wel die onderwerpen waarover meningsverschillen resteren. De *uitzondering* kan dan zijn dat gemotiveerd wordt aangegeven dat er opnieuw naar een ruimer scala van vragen onderzoek plaatsheeft. De regeling in het wetboek dient ook hierop berekend te zijn.³⁹⁹

Ter afronding merken wij nog op dat onze voorstellen hier en daar wellicht aanleiding hebben gegeven tot misverstanden omdat wij in een typering van het procesverloop het beeld hebben gebruikt van een trechter.⁴⁰⁰ Een verduidelijking lijkt op zijn plaats. Het *objectum litis* wordt met het vorderen van de procedure in de meeste gevallen steeds beperkter, omdat allerlei kwesties tussentijds op een voor alle betrokkenen bevredigende wijze zijn opgelost, waarna het debat op de resterende punten wordt voortgezet. Laten we nuchter zijn: dit is bijvoorbeeld veelal het geval ten aanzien van de bewijsbeslissing in eerste aanleg, waarna in appel vooral de op te leggen straf ter discussie staat. Dat wordt gerepresenteerd in het beeld van de trechter. Maar wij hebben steeds benadrukt dat het hoger beroep ook ruimte kan bieden voor een meer volledige tweede behandeling, *indien daarvoor bijzondere redenen worden aangevoerd*. De beschouwing van Franken en Prakken heeft nog enkele goede voorbeelden van dergelijke situaties opgeleverd. Een van de meest sprekende daarvan luidt als volgt: '(D)e ruime uitleg van daderschap is niet aan elke verdachte uit te leggen. De verdachte die weet dat hij het mes niet heeft vastgehouden, is er moeilijk van te overtuigen dat hij desondanks veroordeeld kan worden voor het steken met een mes dat in werkelijkheid door zijn medeverdachte is gebruikt. Geconfronteerd met een veroordelend vonnis zal hij vaak pas

399 Ter precisering nog het volgende. Als de verdachte niet tevreden is over de prestaties van zijn raadsman in eerste aanleg moet hij in appel een reële kans krijgen om met een andere raadsman betere resultaten te behalen. Dit kan uiteraard met zich meebrengen dat onderzoekshandelingen moeten worden herhaald. De grens ligt dan weer daar, waar een verdachte door *voortdurend* van raadsman te wisselen in feite aantoonbaar een normale afwikkeling van het geding beoogt af te wenden. Zie onder andere Erik Witjens, 'Het voortbouwend appel in Strafvordering 2001. Enkele opmerkingen over het hoger beroep in het onderzoeksproject Strafvordering 2001 en in het bestuursrecht', *AA* 2003, p. 730-739.

400 Zo'n misverstand is onder andere te lezen bij E. Prakken, 'Over Strafvordering 2001, een voorlopige balans', *D&D* 2003, p. 728.

begrijpen dat het echt belangrijk is om bijvoorbeeld werk te maken van een strafuitsluitingsgrond. Voor al deze gevallen dient het hoger beroep ook, zeker wanneer kwaliteit het criterium is voor de wijze waarop dit rechtsmiddel geregeld wordt.⁴⁰¹ Omdat kwaliteit inderdaad de maatstaf is van waaruit wij het appel willen normeren, zijn wij het uiteraard eens met de constatering dat er ruimte moet zijn voor een dergelijke nieuwe inbreng in de beroepsfase. Zo voelt Witjens de strekking van het betoog goed aan, waar hij stelt: ‘Het laten verwerken van materiële verweren⁴⁰² ligt niet voor de hand. De onderzoeksgroep heeft dit weliswaar niet expliciet uitgesloten, maar als men de onderzoeksrapporten in onderlinge samenhang leest, kan de conclusie niet anders zijn dan dat de onderzoeksgroep dit niet voorstaat. Het zou zich namelijk niet verhouden met de gehele schets, zoals die in de interimrapporten is gegeven. Ik vind echter wel, dat de onderzoeksgroep duidelijker had kunnen zijn op deze punten.’⁴⁰³ Omdat ook andere gezaghebbende auteurs op dit punt twijfel hebben geuit omtrent de juiste uitleg van onze voorstellen,⁴⁰⁴ moeten wij de laatstbedoelde kritiek aanvaarden en ter harte nemen. De vorenstaande toelichting in deze paragraaf omtrent de mogelijkheden en de grenzen om in appel opnieuw zaken aan de orde te kunnen stellen is dan ook bedoeld om op het aangesneden punt in het gesignaleerde tekort aan duidelijkheid te voorzien.

401 A.A. Franken & E. Prakken, *a.w.* p. 113.

402 Hier voegt hij een voetnoot toe met het voorbeeld van iemand die een geldig alibi heeft, maar zich daar – uit schaamte – in eerste aanleg niet op heeft beroepen.

403 Erik Witjens, *a.w.* p. 738.

404 Zie vooral ook W.E. Haak, ‘Strafvordering 2001 vanuit de optiek van de cassatierechter’, *D&D* 2003, met name p. 713: “Toch schenken de onderzoeksrapporten niet over de gehele linie klare wijn.”

Bijzonder deel

